

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

MARCOS VINICIUS AFFORNALLI

**A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE  
VALIDADE PARA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO POR ATO DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

CURITIBA

2016

MARCOS VINICIUS AFFORNALLI

**A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO COMO CONDIÇÃO DE  
VALIDADE PARA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO POR ATO DE  
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Tese apresentada como requisito parcial à obtenção do título de Doutor, ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Área de concentração: Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e  
Gomes

CURITIBA

2016

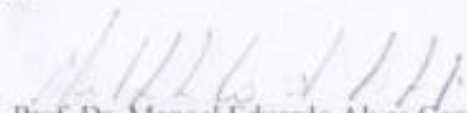
## TERMO DE APROVAÇÃO

MARCOS VINICIUS AFFORNALLI

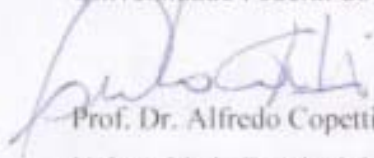
### A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO COMO CONDIÇÃO PARA APLICAÇÃO DA PENALIDADE DE DEMISSÃO POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Tese aprovada como requisito parcial para a obtenção do título de Doutor em Direito, pelo Programa de Pós-Graduação em Direito, da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Orientador:

  
Prof. Dr. Manoel Eduardo Alves Camargo e Gomes


Universidade Federal do Paraná - UFPR

  
Prof. Dr. Alfredo Copetti Neto

Universidade Estadual do Oeste do Paraná - UNIOESTE

  
Prof. Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho

Universidade Federal do Paraná - UFPR

  
Prof. Dr. Angela Cassia Costaldello

Universidade Federal do Paraná - UFPR

  
Prof. Dr. Ney José de Freitas

Universidade Católica do Paraná - PUC

Curitiba, 13 de junho de 2016.

*À minha esposa, companheira de todo sempre,  
às minhas filhas Bruna e Beatriz, e ao meu  
companheiro Buster, pelo apoio e pela paciência  
dispensados durante o desenvolvimento deste  
projeto da minha idade madura. Retornei, mas  
de prontidão para partir. Vamos?*

## **AGRADECIMENTOS**

Ao Grande Arquiteto do Universo, pela vida e por possibilitar que a cada dia eu possa dela gozar intensamente. A realização deste projeto só foi possível graças à Sua intervenção.

Aos meus pais, pelo exemplo de sabedoria, de amor, do real sentido de família, que sempre primaram pela minha educação, e por me ensinarem que o estudo e o conhecimento são inapropriáveis.

Aos membros das bancas de qualificação e defesa, por terem aceitado compartilhar de mais uma etapa de minha vida acadêmica e pelas sugestões e análises significativas, às quais tentarei atender quando da versão definitiva do texto. Ao professor Romeu Bacellar, pelo incentivo quando estive perto de desistir e pelo legado deixado ao estudo do processo administrativo disciplinar. O tempo haverá de tornar realidade o que hoje muitos acreditam ser impossível. À professora Angela Costaldello, pela costumeira atenção dispensada desde nosso primeiro contato, bem como pelas certas observações no sentido de colocar o trabalho em seus trilhos. Ao professor Alfredo Copetti, pela paciência, pelo apoio incansável desde a elaboração do projeto e por compartilhar o conhecimento. Por fim, ao Professor Ney José de Freitas, por ter aceito o convite, pelo prazer de compartilhar o conhecimento, e pelas significativas contribuições para o aprimoramento do trabalho.

Ao meu orientador, o professor Manoel Eduardo, pela dedicada colaboração. A ele meu reconhecimento e minha gratidão, por ter no momento certo colocado meus pés no chão, em meu ambiente, facilitando a partir de então o desenvolvimento da pesquisa. De modo que, apesar da correria de nosso dia a dia, da comunicação ter se estabelecido com certa inconstância (por minha culpa), sua postura ética e humana permitiu com que chegássemos ao fim com a ciência do dever cumprido, ciente de minhas limitações.

Aos professores do Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, pela amizade e pelo conhecimento proporcionado.

Aos Coordenadores do Dinter, professor Rodrigo Xavier Leonardo e, em especial, o professor José Antonio Peres Gediel, pela dedicação dispensada desde o início

do projeto, e pela sensibilidade em reconhecer que a solução dos problemas sociais e econômicos locais, não se encontra para além do oceano atlântico, mas muito mais próxima do que imaginamos. Só tenho a lamentar que os seus propósitos não tenham sido bem compreendidos pelos alunos do programa. A você, professor Gediel, minhas sinceras homenagens.

Ao Coordenador do Programa de Pós-Graduação, professor Luís Fernando Lopes, que, além de professor e amigo, soube conciliar o confronto de vaidades e interesses, e aos funcionários da Secretaria, Maria Cecília, Laura, Vanessa, Mauro e, em especial para Ana Maria, pela costumeira atenção e carinho dispensado durante todo esse tempo.

Meu agradecimento mais profundo só poderia ser dedicado a três pessoas especiais: À minha esposa querida, e minhas adoráveis filhas, que durante quatros anos estiveram sempre ao meu lado, incondicionalmente. Nos momentos mais difíceis, que não foram raros, quando foi necessário conciliar o trabalho do escritório, a universidade, e as obrigações familiares, com os estudos, vocês sempre me fizeram acreditar que chegaria ao final de mais um projeto da minha vida (“vá até o fim”). Este período nos mostrou a verdade de nossa relação: somos uma Família! Sou grato por cada gesto carinhoso de vocês, cada sorriso, e ansioso por estar ao lado de vocês, integralmente, pelo resto de minha vida.

*A luz do absolutismo infundia ao mando caráter despótico, seja na área dos funcionários de carreira, oriundos da corte, não raro filhos de suas intrigas, ou nos delegados locais, investidos de funções públicas. A objetividade e impessoalidade das relações entre súdito e autoridade, com os vínculos racionais de competências limitadas e controles hierárquicos, será obra do futuro; do distante e incerto futuro. Agora, o sistema é o de manda quem pode e obedece quem tem juízo, aberto o acesso ao apelo retificador do rei somente aos poderosos. O funcionário é à sombra do rei, e o rei tudo pode: o Estado pré-liberal não admite a fortaleza dos direitos individuais, armados contra o despotismo e o arbítrio.*

(Raimundo Faoro. Os Donos do Poder: Formação do Patronato Político Brasileiro).

## **RESUMO**

A presente tese defende que a aplicação de demissão do servidor público acusado administrativamente por improbidade administrativa está condicionada, nos termos do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, ao trânsito em julgado da sentença judicial condenatória. No Estado Democrático de Direito, a regra é a garantia dos direitos fundamentais, e sua relativização está sujeita a uma reserva intransponível da jurisdição, como condição de garantia do devido processo legal substancial, e dos princípios que lhe são decorrentes, especialmente o da segurança jurídica e o da presunção de inocência. O Constitucionalismo contemporâneo reflete tal pensar, estando, portanto, no marco teórico da tese. Nesse sentido, as decisões da Administração Pública e do Poder Judiciário dependem de uma compreensão do Direito Administrativo vinculado aos objetivos constitucionais, exigindo uma alteração profunda nas concepções de legalidade administrativa. Parte-se da ideia de “juridicidade administrativa”, que se traduz numa legalidade mais ampla, mais exigente, o que significa que o Poder Público se encontra limitado também por normas e princípios que decorrem dos valores consagrados pela sociedade, e que não se encontram na livre disposição dos poderes estatais. A tarefa de controle interno e externo da função administrativa pressupõe confrontar as próprias interpretações realizadas pelo Poder Público, diante dos critérios constitucionais estabelecidos pelo texto constitucional, partindo do conjunto de interpretações do presente e do passado, incidindo ainda o dever de respeito à integridade e coerência do Direito Administrativo.

Palavras-chave: Improbidade. Processo Administrativo Disciplinar. Jurisdição.



## **ABSTRACT**

The present doctoral thesis argues that the dismissal of the government employee during action against misconduct in public office depends on the final and unappealable condemnatory court judgment, in accordance with Article 20 of the Brazilian Administrative Misconduct Law. In the democratic state of law, the rule is the guarantee of fundamental rights, and its relativization is subject to an insurmountable reserve the jurisdiction as a guarantee of condition due to substantial legal process and the principles that are arising, especially legal security and the presumption of innocence. The contemporary constitutionalism reflects this thinking and, therefore, is the main key and the theoretical framework of the thesis. In this sense, the decisions of public administration and the judiciary depend on an understanding of administrative law related to the constitutional objectives, demanding a profound change in the concepts of administrative law. It begins with the idea of “administrative legality”, which means a wider legality, more severe, meaning that the government is also limited by rules, principles and beliefs of society and which are not the free disposal of state powers. The internal and external control on the administrative functions must confront their own interpretations made by the government before the constitutional criteria established by the Constitution, based on the present and past interpretations, focusing on the duty to respect the integrity and coherence of the Administrative Law.

**Keywords:** Misconduct in public office. Administrative disciplinary process. Jurisdiction.

## SUMÁRIO

<b>1</b>	<b>INTRODUÇÃO</b> .....	12
<b>2</b>	<b>ESTADO DE DIREITO: O RESGATE DE CONCEPÇÕES RECORRENTES</b> .....	24
2.1	AS EXIGÊNCIAS DE LIMITES À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ESTATAL.....	25
2.2	A TEORIA DA AUTOLIMITAÇÃO DO ESTADO E OS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS .....	35
2.3	A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGALIDADE SEGUNDO AS CONCEPÇÕES LIBERAIS .....	46
2.3.1	O império da lei .....	49
2.3.2	O princípio da legalidade.....	50
2.4	O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E A REVISÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO.....	54
2.5	O REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO LIBERAL.....	60
2.6	EXIGÊNCIAS DOS DIREITOS SOCIAIS E DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO.....	65
2.7	POSITIVISMO NORMATIVISTA EM Kelsen .....	80
<b>3</b>	<b>O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO</b> .....	89
3.1	UMA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL.....	91
3.2	ASPECTOS QUE CARACTERIZAM O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO.....	101
3.2.1	Normatividade e centralidade da Constituição .....	103
3.2.2	Expansão da Jurisdição Constitucional .....	108
3.2.3	Novas técnicas de interpretação constitucional .....	112
3.3	O PROCESSO DE VERTICALIZAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO .....	127
3.4	A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO – A NECESSIDADE DA RELEITURA DE ALGUNS INSTITUTOS .....	136
3.4.1	Os direitos fundamentais: Supremacia e indisponibilidade.....	140
3.4.2	Uma nova dimensão ao padrão de legalidade – a submissão à Constituição .....	145
3.4.3	A discricionariedade Administrativa e os limites do controle jurisdicional.....	151

<b>4</b>	<b>O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS .....</b>	<b>157</b>
4.1	ENTRE A AUTORIDADE E O CONSENSO .....	159
4.2	A PROCESSUALIDADE NO ÂMBITO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA .....	162
4.3	O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO .....	170
4.4	O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO .....	177
4.5	PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS .....	181
4.6	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR .....	186
<b>5</b>	<b>O REGIME DISCIPLINAR E O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI N.º 8.112/90 – O CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO .....</b>	<b>213</b>
5.1	A CRIAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO E FORMAÇÃO TÉCNICA DOS ÓRGÃOS PROCESSANTES .....	214
5.2	OS MECANISMOS DE REVISÃO DAS DECISÕES DISCIPLINARES COMO CONDIÇÃO DE GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA .....	220
5.3	AS CONDIÇÕES DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA – A DEFESA TÉCNICA .....	228
5.4	O REGIME DISCIPLINAR DA LEI N.º 8.112/90: AS CONDUTAS TIPIFICADAS COMO ILÍCITAS A PARTIR DE CONCEITOS GENÉRICOS – UM CONVITE À DISCRICIONARIEDADE E À INSEGURANÇA JURÍDICA .....	241
5.5	CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO .....	257
<b>6</b>	<b>A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO NO CONTROLE DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONDIÇÃO DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO DIREITO .....</b>	<b>259</b>
6.1	A REVOGAÇÃO TÁCITA DO INCISO IV DO ARTIGO 132 DA LEI N.º 8.112/90 .....	260
6.2	A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO – O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL .....	264
6.3	APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DE RONALD DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE .....	278

6.4	A RELEITURA DO CONTROLE DA COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA VIRTUDE POLÍTICA DA INTEGRIDADE E COERÊNCIA.....	290
7	<b>CONCLUSÕES</b> .....	297
	<b>REFERÊNCIAS</b> .....	306

## 1 INTRODUÇÃO

Passados mais de 27 anos da promulgação da Constituição de 1988, quando formalmente se instaurou o Estado Democrático de Direito, com a positivação ampla dos direitos fundamentais, os poderes da República ainda se mantêm atrelados à concepção clássica de legalidade erigida no século XIX.

Não há como se desconsiderar que a Constituição conquistou força normativa com vista à efetividade, ou seja, suas normas passaram a contar com a aplicabilidade direta, especialmente em razão da atuação dos tribunais, o que se pode constatar na jurisprudência em matéria de direitos fundamentais, como, por exemplo, a saúde e a educação. A judicialização crescente desses conflitos exigiu uma radical superação das concepções clássicas de legalidade administrativa, da separação dos poderes e da discricionariedade administrativa, a ponto de praticamente estar consolidado o entendimento de que é possível o controle jurisdicional das políticas públicas voltadas aos direitos fundamentais, sem que isso implique a violação à independência e à harmonia que devem reinar entre os poderes do Estado.

No entanto, em matéria de controle dos conflitos disciplinares que envolvem a Administração Pública e seus servidores públicos e, nos quais estão envolvidos direitos fundamentais sociais de idêntica envergadura, não tem o Poder Judiciário atuado de maneira extensa e intensa, a exemplo das questões afetas à saúde e educação, como que se a ele fosse outorgado qualquer prerrogativa em optar, dentre o extenso rol de direitos fundamentais estabelecidos na Constituição, qual deles deve ou não ser concretizado, ou até mesmo aquele que maior repercussão midiática irá lhe proporcionar.

No que se refere às decisões nesse âmbito, a Administração Pública e até mesmo o Poder Judiciário ainda se encontram fortemente apegados à ideia de potestade administrativa absoluta, da legalidade estrita, da autonomia das instâncias e discricionariedade como liberdade, que não mais se amoldam aos padrões normativos estabelecidos pela Constituição Federal de 1988. Ou seja, mesmo com uma Constituição Democrática, na instância decisória a Administração Pública ainda atua por conveniência e oportunidade, e os juízes de acordo com sua consciência. Se o Estado Constitucional é um *plus* em relação ao Estado Democrático de Direito, o constitucionalismo deve estar materializado também nas decisões do Poder Público.

Nessas condições, a tese irá se concentrar no que há de mais fundamental no direito, ou seja, as decisões jurídicas na resolução dos casos concretos, especificamente aquelas proferidas no âmbito do exercício da competência disciplinar da Administração Pública.

A pesquisa procura desenvolver uma reflexão teórica com repercussão eminentemente prática acerca de um tema repleto de complexidades e sutilezas, e seu principal propósito é contribuir para a racionalização do problema, com a identificação de critérios e parâmetros que permitam justificar e legitimar o controle jurisdicional como condição necessária para aplicação da penalidade disciplinar de demissão, aos servidores públicos processados administrativamente por ato de improbidade administrativa.

Numa análise superficial poder-se-ia afirmar que se está diante de uma colisão de direitos ou de interesses que contrapõem, de um lado, o direito social fundamental ao trabalho e renda como condição mínima de uma vida digna e, de outro, o princípio do interesse público, e que isso se resolveria mediante a ponderação. Ocorre que, para além da já complexa colisão de direitos fundamentais e princípios já identificados, necessário se faz investigar quem está legitimado a solucionar, com definitividade, o conflito (a própria Administração Pública, por meio do processo administrativo disciplinar, ou o Poder Judiciário em ação civil pública por ato de improbidade administrativa), de forma que os direitos fundamentais e princípios em confronto possam ser realizados na maior intensidade possível, à vista dos demais elementos jurídicos e fáticos presentes na hipótese.

Feitas essas considerações, o problema que se propõe a enfrentar é assim caracterizado: Na redação do artigo 37 da Constituição Federal de 1988, o constituinte incluiu, dentre outros princípios, o da moralidade administrativa, que impõe aos agentes públicos uma conduta não simplesmente amoldada à lei, mas também proba, ética, honesta, uma conduta em harmonia com os demais princípios constitucionais. Não se trata apenas da moral comum, mas sim, de uma moral jurídica, entendida como um conjunto de regras de condutas tiradas da disciplina interior da administração.<sup>1</sup>

No que se refere aos instrumentos de controle da moralidade dos atos da Administração Pública, o de maior relevância no atual cenário jurídico nacional e, de fundamental relevância para o princípio da moralidade, foi a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei n.º 8.429/92, que ao regulamentar o disposto no § 4.º do artigo 37 da Constituição Federal, dispondo sobre

---

<sup>1</sup> Nessa perspectiva da moralidade administrativa, merecem destaque, na Constituição Federal, o artigo 37, § 4.º, que dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”; o artigo 15, inciso V, que inclui entre as hipóteses de perda ou suspensão dos direitos políticos a de “improbidade administrativa”; e o artigo 5.º, inciso LXXIII, que ampliou os casos de cabimento de ação popular para incluir, entre outros, aqueles que impliquem a moralidade administrativa. Por sua vez, a Lei n.º 8.112/90 estabeleceu em seu artigo 116, inciso IX, que dentre os vários deveres do servidor público está o de manter conduta compatível com a moralidade administrativa.

as sanções aplicáveis aos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, proporcionou uma base sólida às exigências impostas pelo princípio da moralidade.

Por sua vez, atento ao dever de moralidade na atividade da Administração Pública, a Lei n.º 8.112/90 (Estatuto do Servidor Público Federal) estabelece em seu artigo 127 as sanções disciplinares possíveis de serem aplicadas aos servidores públicos federais, destacando-se, para efeito deste trabalho, a demissão do serviço público, que constituiu, juntamente com cassação da aposentadoria, as sanções disciplinares mais drásticas no sistema administrativo punitivo. Como causa da demissão do servidor público federal, a referida Lei prevê, especificamente no inciso IV do artigo 132, a penalidade de demissão ao servidor público que tenha cometido *ato de improbidade administrativa*.<sup>2</sup>

Evidentemente que ao mesmo tempo em que estabelece os deveres do servidor e as consequências da sua inobservância, a Lei dispõe em seu artigo 143 que a apuração de qualquer irregularidade no serviço público e a aplicação das penalidades cabíveis devem ser feitas mediante processo administrativo disciplinar em que sejam assegurados o contraditório e a ampla defesa, cuja exigência decorre das garantias constitucionais estabelecidas no inciso LV do artigo 5.º e inciso II, parágrafo primeiro, do artigo 41 da Constituição Federal.

Ocorre que a Lei n.º 8.429/92 (Improbidade Administrativa), que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos por atos de improbidade administrativa, estabelece em seu artigo 20 que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos em decorrência da prática de atos de improbidade administrativa estão condicionadas ao trânsito em julgado da sentença condenatória.<sup>3</sup>

Melhor explicando, ao mesmo tempo em que o Estatuto do Servidor Público Federal prevê a possibilidade de demissão do servidor público que tenha cometido ato de improbidade administrativa, mediante processo administrativo disciplinar, a Lei de Improbidade Administrativa, em seu artigo 20, condiciona a perda da função pública à sentença judicial condenatória com trânsito em julgado.

É justamente essa antinomia jurídica que motiva a realização da presente pesquisa, que busca encontrar respostas para as seguintes indagações:

---

<sup>2</sup> Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: IV – improbidade administrativa.

<sup>3</sup> Art. 20. A perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

- a) É possível a aplicação da penalidade de demissão por ato de improbidade administrativa com base apenas na decisão da Administração Pública proferida no Processo Administrativo Disciplinar?
- b) Ou, considerando as disposições contidas em lei específica (Improbidade Administrativa), a perda do cargo público só seria cabível após o trânsito em julgado da sentença judicial?

A relevância da pesquisa se sobressai mais ainda diante do fato que prevalece na doutrina e, também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, o entendimento consolidado de que a aplicação da sanção de demissão (perda da função pública) do servidor público pela prática de ato de improbidade, apurada em processo administrativo disciplinar em que sejam asseguradas as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, independe de decisão judicial transitada em julgado nas esferas penal ou civil. Ou seja, o entendimento consolidado nos Tribunais superiores tem como *ratio decidendi* o princípio da independência das instâncias, afirmado nos artigos 125 da Lei n.º 8.112/90, 12 da Lei n.º 8.429/92, e inciso II do parágrafo 1.º do artigo 41 da Constituição Federal.

O que se pretende demonstrar é justamente o contrário, ou seja, a aplicação de demissão do servidor público, acusado administrativamente por improbidade administrativa, está condicionada, nos termos do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, ao trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, instaurada pela Administração Pública, ou até mesmo pelo Ministério Público Federal. Isso porque a penalidade de demissão constituiu, juntamente com cassação da aposentadoria, sanção disciplinar das mais drásticas existentes no Direito Administrativo Sancionador, verdadeira restrição ao direito fundamental social ao trabalho<sup>4</sup>, que atinge não somente a esfera de direitos do servidor, mas também da sua família, colocando em risco a sua subsistência e consequentemente a sua dignidade.

Nessas condições, considerado o regime jurídico administrativo do Estado Constitucional contemporâneo – cujo referencial é a proteção e a efetivação dos direitos fundamentais –, no

---

<sup>4</sup> A Constituição brasileira designa o trabalho como um direito social fundamental (art. 6.º) e fundamento da ordem econômica (art. 170), afirmando o primado do trabalho como base da ordem social (art. 193). O mesmo direito está consagrado na Declaração Universal dos Direitos Humanos e em diversos tratados e declarações de direito internacional, destacando-se a Resolução n.º 34/46, de 1979, da Assembleia Geral da ONU, que enuncia claramente que: “a fim de garantir cabalmente os direitos humanos e a plena dignidade pessoal, é necessário garantir o direito ao trabalho”.



qual vigoram, dentre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana, juridicidade, tipicidade, culpabilidade, presunção da inocência, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito (art. 5.º, inciso XXXV), a demissão do serviço público, por tratar-se de ato vinculado, é incompatível com a ideia de que existe discricionariedade no ato de interpretação e aplicação do termo vago e indeterminado de improbidade administrativa contido no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, exigindo, portanto, cognição prévia e ampla por parte do Poder Judiciário.

Essa ideia clássica de discricionariedade, que assinala que há espaço de liberdade no momento da conformação de sentido do texto legal, enseja, não invariavelmente a ampliação do arbítrio e a diminuição das garantias dos servidores públicos ante a competência disciplinar da Administração Pública. Se a discricionariedade da Administração Pública, pertinente à escolha política do agente, encontra fundamento no sistema constitucional, o mesmo não se pode afirmar acerca da discricionariedade interpretativa, que não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito, que passou a impor-lhe limitações e a exigir o seu controle amplo por parte do Judiciário.

Por outro lado, no que se refere à necessidade de ampliação do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, impõe-se uma nova concepção do Direito Administrativo, no sentido da completa vinculação da Administração Pública à Constituição, ou seja, a ideia de juridicidade, que exige uma alteração profunda na concepção da legalidade administrativa. Isso porque, com o Constitucionalismo contemporâneo, as Constituições foram impregnadas por diversas exigências éticas, de equidade e do devido processo legal, estabelecidas sob a forma de princípios ou de direitos fundamentais.

Como consequência, o Direito adquiriu uma forte carga axiológica e, assim, diante dos novos paradigmas do Constitucionalismo contemporâneo, faz-se necessário o desenvolvimento de uma teorização do controle da Administração Pública com profundo caráter material, contrária às clássicas propostas do positivismo jurídico, pois, na medida em que o alcance constitucional é amplo e gradual sobre a função administrativa, se faz premente repensar o aspecto material do controle a ser exercido, até para evitar tanto o arbítrio administrativo como o jurisdicional.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

Indispensável ainda que as decisões jurídicas sejam reestruturadas, impondo-lhes uma nova forma de justificação, em que os princípios constitucionais e os direitos fundamentais sejam efetivamente considerados, de maneira a contrapor ao exercício das competências administrativas, o conjunto de indicações normativas que informam o regime jurídico da Administração Pública Brasileira.

Com base nessas premissas, a tese defende a obrigatoriedade da cognição jurisdicional ampla, como condição de legitimidade da aplicação da penalidade de demissão por ato de improbidade administrativa. No Estado Democrático de Direito, a regra é a garantia dos direitos fundamentais, e sua relativização está sujeita a uma reserva intransponível da jurisdição (art. 5.º, inciso XXXV), como condição de garantia do devido processo legal substancial, e dos princípios que lhe são decorrentes, especialmente o da segurança jurídica e da presunção de inocência.

O constitucionalismo contemporâneo reflete tal pensar, estando, portanto, no marco teórico da tese a ser desenvolvida.

As decisões da Administração Pública e do Poder Judiciário dependem de uma compreensão do Direito Administrativo vinculado aos objetivos constitucionais, o que pressupõe uma alteração profunda nas concepções de legalidade administrativa. Parte-se da concepção de “juridicidade administrativa”, que se traduz numa legalidade mais ampla, mais exigente, o que significa que o Poder Público se encontra limitado também por normas e princípios que decorrem dos valores consagrados pela sociedade, e que não se encontram na livre disposição dos poderes estatais.

Portanto, a tarefa de controle interno e externo da função administrativa pressupõe confrontar as próprias interpretações realizadas pelo Poder Público, diante dos critérios constitucionais estabelecidos pelo texto constitucional, partindo do conjunto de interpretações do presente e do passado, incidindo ainda o dever de respeito à integridade e coerência do Direito Administrativo.

Dessa forma, adota-se como referencial teórico da pesquisa a obra de Ronald Dworkin “O Império do Direito” em que o autor aborda importante questão acerca da “interpretação construtiva”, por entender que é indispensável o estabelecimento de critérios para a decisão quando da ocorrência de divergências interpretativas. Para o autor, o direito é uma prática social e, assim, possui um propósito, um objetivo e uma finalidade, sendo necessário vislumbrá-lo na sua perspectiva histórica e, como as regras sociais mudam com o passar do tempo, devendo-se

examinar os modos de compreensão e o funcionamento da atitude interpretativa no interior da prática social.<sup>6</sup>

Para efeito do que se pretende demonstrar nesta pesquisa, as decisões da Administração Pública e do Poder Judiciário devem ser antecedidas por um processo de interpretação e no qual deve ser encarado o Direito Administrativo como prática social, que possui um conjunto de propósitos que consagram o regime jurídico administrativo disciplinar. Esse regime caracteriza-se não só pelos princípios constitucionais expressos no artigo 37, mas também pelos princípios da dignidade da pessoa humana, juridicidade, tipicidade, presunção da inocência, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito, e que vinculam não só Administração, mas também o Poder Judiciário no controle da administrativa do Estado.

Para melhor compreender e até mesmo interpretar o Direito Administrativo, há que se partir de uma concepção de integridade e coerência, ou seja, estruturado não somente por regras positivas isoladas, mas também por princípios que mantêm relação com as regras ao justificá-las, orientando todo o arsenal jurídico.

Portanto, a concepção de juridicidade administrativa, decorrente do constitucionalismo contemporâneo, exige integridade, de maneira que não só os agentes da Administração, mas também os juízes e os tribunais quando do controle dos atos administrativos disciplinares devem estar cientes de que o exercício das competências administrativas deve amoldar-se aos propósitos da prática social em jogo e guardar coerência e integridade com os princípios constitucionais.

Feitas essas considerações, o trabalho se propõe a realizar uma reflexão, no contexto do Constitucionalismo contemporâneo, acerca das condições de legitimidade do exercício da competência disciplinar da Administração Pública e do controle jurisdicional dos atos demissionais.

Mais especificamente, pretende-se demonstrar que a cognição judicial ampla e o trânsito em julgado da sentença condenatória proferida em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, proposta pela própria Administração ou pelo Ministério Público Federal, constituem condição necessária para a aplicação da penalidade de demissão aos servidores públicos, acusados por ato de improbidade administrativa na forma do que dispõe o inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90.

O método de pesquisa adotado será o hipotético dedutivo e como método de procedimento será utilizado o método hermenêutico. A análise histórico-estrutural tem como marco temporal

---

<sup>6</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.60.

o constitucionalismo contemporâneo<sup>7</sup>, a Constituição Federal de 1988 e com ela o processo de verticalização das fontes do Direito Administrativo e a experiência inicial da democracia. O método hermenêutico, como método de procedimento, servirá de orientação ao trabalho uma vez que atenta para a nova realidade constitucional, compreendendo o intérprete e o direito ligados pela linguagem. Como técnica de pesquisa, utilizar-se-ão a bibliográfica e literatura jurisprudencial.

Para a melhor compreensão do trabalho, optou-se pela sua divisão em cinco capítulos.

No primeiro, analisa-se a evolução do Estado moderno, tendo como ponto de partida o Estado de Direito, pautado no princípio da vinculação negativa do Estado, de maneira a possibilitar a compreensão dos institutos jurídicos que constituem as bases da pesquisa. Para tanto, realiza-se a análise histórica e teórica do Estado de Direito, tendo como referencial teórico a obra “O estado de direito: história, teoria, crítica”, de Pietro Costa, de maneira a compreender o sentido que o tema Estado de Direito assume no debate filosófico-político e filosófico-jurídico contemporâneo.

Não se pretende (e nem se poderia) fazer uma reconstrução exaustiva do passado do Estado de Direito, mas tão somente possibilitar um confronto entre as diversas figuras historicamente sedimentadas, expondo alguns traços recorrentes que caracterizam essa noção e que estabelecem o referencial para o debate atual: de um lado, a concepção antiga e, ao mesmo tempo atual, da necessidade da previsão normativa do poder e, que nessas condições se apresenta vinculado e controlável; de outro, as exigências de se estabelecer um nexó funcional entre poder e sujeitos e, sobre esse nexó incorporar um amplo rol de direitos, cuja reivindicação confronta com sua recorrente violação.

Na sequência, e também de modo descritivo, analisam-se as concepções clássicas que se construíram acerca da divisão dos poderes, legalidade e universalidade da jurisdição, variáveis segundo a evolução do modelo estatal, não só pela importância histórica que representam, mas especialmente para refletir sobre a influência que tais conceitos ainda exercem em realidades profundamente diversas em relação àquelas que presidiram o seu nascimento e regular funcionamento.

---

<sup>7</sup> Sobre o Constitucionalismo Contemporâneo, expressão cunhada por Lenio Luiz Streck: “[...] pode-se dizer que o Constitucionalismo Contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos)”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.67).

Ainda nesse primeiro capítulo, pretende-se analisar as concepções clássicas acerca da discricionariedade administrativa, vista como liberdade de escolha do administrador, e identificar os elementos que irão justificar a sua ulterior desconstrução e que possibilitaram a ampliação dos limites do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.

Encerrando o primeiro capítulo, apresentam-se alguns fatores sociais, políticos e econômicos que ensejaram a formação do Estado Social e Democrático de direito e a evolução do modelo jurídico que culminou na edificação das bases de uma nova ordem constitucional. Procura-se demonstrar que é na corrente normativista ou formalista de Kelsen que se situam as principais características do positivismo, que influenciaram ou ainda influenciam, na modernidade, o pensar e o agir dos agentes da Administração Pública e dos juízes, especialmente no que se refere às concepções de legalidade e discricionariedade.

A seguir, iniciando o segundo capítulo, procura-se analisar o constitucionalismo contemporâneo a partir dos marcos histórico, teórico e filosófico, de maneira a identificar as mudanças de paradigma<sup>8</sup> que influenciaram sensivelmente a doutrina e a jurisprudência do Direito Constitucional, bem como possibilitaram um novo enfoque da Constituição e da sua importância na interpretação jurídica. Descritivamente e tendo como referencial teórico a doutrina de Luís Roberto Barroso e Daniel Sarmento, demonstra-se a importância que o Constitucionalismo contemporâneo assume no sentido da necessária modificação das fontes do Direito, em especial do Direito Administrativo, que impõem um novo atuar da Administração

---

<sup>8</sup> A expressão “paradigma” é compreendida como um conjunto de ilustrações recorrentes e padronizadas de determinados institutos, a partir de uma interpretação efetivada em determinado tempo e lugar. Tem por função apresentar uma solução duradoura para um grupo de problemas sociais. Para Thomas Samuel Kuhn, “enquanto os paradigmas permanecem seguros, eles podem funcionar sem que haja necessidade de um acordo sobre as razões de seu emprego ou mesmo sem qualquer tentativa de racionalização”. (KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das evoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006. p.67-74). A definição de um paradigma depende da forma como as pessoas encaram determinado instituto à luz de suas experiências, e, para efeito deste trabalho, das experiências filosófico-político e filosófico-jurídico. A título de exemplo, as concepções positivistas clássicas de discricionariedade, separação dos poderes poderão não coincidir, diante da distinção das experiências jurídicas de cada qual, com a compreensão que um pós-positivista fará dos mesmos institutos. Considerando que o paradigma tem por finalidade servir como fórmula para a solução de problemas enfrentados pela sociedade, verificada a modificação das condições sociais, os problemas também sofrem modificações, impondo uma alteração das respostas oferecidas como solução, ou seja, os paradigmas precisam ser modificados. E, nesse sentido, Boaventura Souza Santos menciona que toda mudança enseja uma desconfiança caracterizada como uma *sensação de perda*, sem que isso, em absoluto, possa constituir um óbice à alteração de paradigmas. Toda e qualquer mudança de paradigma não é decorrente de uma simples acumulação de saberes existentes; ao contrário, resulta da perspectiva de novas interpretações com a incidência de um sistema de princípios diverso, bem como de um prisma diferente sobre determinados institutos (SANTOS, Boaventura Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2006. p.17). Nessas condições, para que haja uma compreensão ideal dos novos fenômenos jurídicos, a construção de novas bases teóricas se faz necessária, de maneira a se compatibilizar com a realidade social, econômica e política.

Pública e do Poder Judiciário, exigindo a compatibilidade de suas ações com o direito e não mais apenas com a lei.

Trata-se de um constitucionalismo forte, em que a Constituição possui força normativa capaz de vincular todas as instituições às suas disposições, o que pressupõe a substituição das concepções de Constituição formal e material, parciais e incompletas, pela ideia de sistema constitucional.

Na sequência é demonstrado que, com o novo paradigma, alteram-se as concepções do princípio da divisão dos poderes, e ao Poder Judiciário, que no constitucionalismo de feições liberais detinha um poder quase nulo, passa-se a atribuir a possibilidade de atuar no sentido de concretizar as propostas constitucionais, em especial aquelas relativas aos direitos fundamentais, mediante o controle de constitucionalidade dos atos normativos estatais, ampliando-se, nesse sentido, a jurisdição constitucional.

Ao mesmo tempo, demonstra-se que a nova realidade constitucional, caracterizada pela tensão frequente entre valores e, conseqüentemente, pelo confronto horizontal entre princípios que devem coexistir harmonicamente em espaços democráticos, passou a exigir dos intérpretes e aplicadores do Direito, mais significativamente dos tribunais constitucionais, uma revisão das técnicas convencionais de interpretação, de maneira a encontrar ferramentas hermenêuticas que se mostrem suficientes e adequadas, para dar conta de solucionar os conflitos sociais.

Ainda no mesmo capítulo, analisa-se o processo de verticalização das fontes do Direito e o efeito expansivo das normas constitucionais no Direito Administrativo, com a finalidade de demonstrar que a alteração do paradigma exige uma releitura dos princípios da legalidade, supremacia do interesse público sobre o particular e discricionariedade administrativa.

Encerrando o segundo capítulo, demonstra-se a ampliação dos limites do controle jurisdicional dos atos administrativos discricionários, identificando quais os parâmetros mais adequados para este controle na perspectiva do Estado Constitucional.

Mergulhando mais profundamente no tema central do trabalho, o terceiro capítulo concentra-se na configuração principiológica do processo administrativo, com enfoque no processo administrativo disciplinar dos servidores públicos civis, previsto na Lei n.º 8.112/90. O objetivo é demonstrar que o exercício da competência disciplinar da Administração Pública, destinado à apuração de ilícito administrativo, punível com a sanção disciplinar de demissão do servidor público, explicitada mediante o processo administrativo, não pode ser feita mediante a análise isolada do artigo 41, § 1.º, II da Constituição Federal, pois, embora se trate de regra

especial, não afasta, mas pressupõe a observância da norma geral de processo administrativo, estabelecida no artigo 5.º, incisos LIV e LV, também da Constituição.

Na sequência, o esforço do trabalho se volta a demonstrar que a proteção jurídica efetiva de direitos, que se dá por meio do procedimento, pressupõe o reconhecimento de que a face procedimental dos direitos fundamentais é indissociável do núcleo dos direitos fundamentais.

Encerrando o capítulo, é feita a análise do campo de incidência das duas regras constitucionais sobre o processo administrativo, a do artigo 5.º, inc. LV e a do parágrafo 1.º, do art. 41, que asseguram o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, em interpretação conjugada com o princípio do devido processo legal consagrado no artigo 5.º, inciso LIV da Constituição Federal, de maneira a identificar outras garantias e direitos nela previstos, aplicáveis aos processos administrativos disciplinares.

O quarto capítulo apresenta-se com o objetivo de estabelecer um confronto entre o exercício da competência disciplinar da Administração Pública e a Constituição Federal, com o objetivo de verificar se os títulos IV e V, da Lei n.º 8.112/90, que regulam, respectivamente, o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar dos servidores públicos, refletem as garantias constitucionais asseguradas aos servidores públicos nos incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição Federal. Para tanto, são analisadas as principais características estruturais do processo administrativo disciplinar e do regime disciplinar dos servidores públicos, no que se refere às condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos, de maneira a verificar a compatibilidade de tais institutos com as garantias constitucionais do devido processo legal.

No quinto e último capítulo, busca-se demonstrar que em razão do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva, a Lei de Improbidade Administrativa, ao integrar o regime constitucional da Administração Pública, apresenta-se como instrumento de garantia dos servidores públicos ante a competência disciplinar da Administração Pública, condicionando os efeitos das decisões proferidas nos procedimentos punitivos por ato de improbidade administrativa à reserva intransponível da jurisdição.

O objetivo é demonstrar que o devido processo legal substancial, materializado na Lei de Improbidade Administrativa passa a ser o abrigo e a proteção dos servidores públicos, como condição de realização dos valores constitucionais, não se equiparando, portanto, ao procedimento meramente formal estabelecido no capítulo V, da Lei n.º 8.112/90.

Encerrando o capítulo, apresenta-se proposta para a releitura do controle jurisdicional das competências da Administração Pública, partindo-se de uma concepção de juridicidade, com a importante contribuição da teoria interpretativa de Ronald Dworkin, especialmente com a virtude política da integridade e coerência.



## 2 ESTADO DE DIREITO: O RESGATE DE CONCEPÇÕES RECORRENTES

O escopo do presente capítulo é analisar a evolução do Estado moderno, tendo como ponto de partida o Estado de Direito, pautado no princípio da vinculação negativa do Estado, de maneira a possibilitar a compreensão dos institutos jurídicos que constituem as bases da pesquisa.

De maneira descritiva, traz-se um recorte histórico e teórico do Estado de Direito, utilizando-se para tanto da doutrina de Pietro Costa<sup>9</sup>, de maneira a possibilitar a compreensão do sentido que o tema Estado de Direito assume no debate filosófico-político e filosófico-jurídico contemporâneo. A análise não se volta a fazer uma reconstrução exaustiva do passado do Estado de Direito, mas tão somente possibilitar um confronto aproximado entre as diversas figuras historicamente sedimentadas, expondo alguns traços recorrentes e que caracterizam essa noção, e que estabelecem o referencial para o debate atual: de um lado, a concepção – antiga e ao mesmo tempo atual – da necessidade da previsão normativa do poder, e que nestas condições se apresenta vinculado e controlável; de outro, as exigências de se estabelecer um nexo funcional entre poder e sujeitos, e sobre esse nexo incorporar um amplo rol de direitos, cuja reivindicação confronta com sua recorrente violação.

Mais adiante, com aporte na doutrina de Jorge Reis Novais<sup>10</sup>, o foco da pesquisa se volta à análise das concepções clássicas que se construíram acerca de separação dos poderes, legalidade e universalidade da jurisdição, variáveis segundo a evolução do modelo estatal, com o objetivo de refletir sobre a influência que tais institutos ainda exercem em realidades profundamente diversas em relação àquelas que presidiram o seu nascimento e regular funcionamento.

Ao mesmo tempo, resgatam-se as concepções clássicas acerca da discricionariedade administrativa, como liberdade de escolha do administrador, de maneira a identificar os elementos que justificam a sua ulterior desconstrução e que possibilitaram a ampliação dos limites do controle jurisdicional dos atos discricionários.

Por fim, valendo-se da contribuição doutrinária de Gilberto Bercovici<sup>11</sup> e Jorge Reis Novais, busca-se verificar as condições para a formação do Estado social e democrático de direito

---

<sup>9</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>10</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

<sup>11</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

e a evolução do modelo jurídico que culminou na edificação das bases do neoconstitucionalismo como ordem constitucional vigente.

Encerrando o capítulo, espera demonstrar que é na corrente normativista ou formalista de Kelsen<sup>12</sup> que se situam as principais características do positivismo que influenciaram, ou ainda influenciam na contemporaneidade, o pensar e o agir dos agentes da Administração Pública e dos juízes, especialmente no que se refere às concepções clássicas de legalidade, separação dos poderes e discricionariedade. Evidentemente que não há qualquer pretensão de esgotar a teoria de Kelsen, mas tão somente identificar os seus principais elementos, e que justificariam a sua ulterior desconstrução.

## 2.1 AS EXIGÊNCIAS DE LIMITES À ATIVIDADE ADMINISTRATIVA ESTATAL

A teoria do Estado moderno é fundamentalmente a de um Estado de Direito, e a necessidade do resgate das acepções que se construíram acerca da noção de Estado de Direito no desenvolvimento das organizações estatais é fundamental para que se compreenda a posição que o Estado adquiriu desde que sua conceituação é feita, tendo em vista certa ordem jurídica, com um sistema normativo.

As concepções que se apresentam na contemporaneidade acerca do Estado de Direito, remontam aos séculos XVIII e XIX, e possuem uma origem nitidamente liberal. Diante dos abusos cometidos pelo Estado absolutista, inicia-se um movimento de insurgência da classe burguesa com a finalidade de impor limitações à atuação estatal, de maneira a garantir fundamentalmente a liberdade e a propriedade, e com o objetivo de promover o bem-estar social dos cidadãos. Para tanto, fazia-se necessário estabelecer uma ordem estatal segura, expressada em uma Constituição escrita, na qual se estabeleceria a necessária separação dos poderes e o reconhecimento dos direitos do homem por leis produzidas e promulgadas segundo procedimentos legais, prévia e devidamente estabelecidos.

Assim, com a ideia de superação do “Estado de Polícia”<sup>13</sup>, no qual o direito servia de instrumento ilimitado da ação do Estado e, portanto, permitia ao soberano agir de acordo com

---

<sup>12</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

<sup>13</sup> O Estado de Polícia também é chamado de Estado iluminista ou de Estado providência, no qual predominava a ideia de soberania centrada no monarca, que, no plano teórico, era o responsável pela efetivação do bem-estar e da felicidade dos súditos, missão confiada ao soberano. Jaques Chevallier bem define o Estado de Polícia como “aquele em que o poder da autoridade administrativa, de um modo discricionário e com liberdade de decisão mais ou menos completa, aplica aos cidadãos todas as medidas que ele julga útil de dispor por sua própria iniciativa, com vistas a fazer frente às circunstâncias e atender a cada momento os

as suas vontades, sem se preocupar em dotar os cidadãos de garantias, surge na Alemanha, na primeira metade do século XIX, a doutrina do *Rechtsstaat*, com forte conotação técnico-formal<sup>14</sup>, que posteriormente se espalha para o continente europeu, influenciando sobremaneira a cultura jurídica, especialmente o direito público da França.

A expressão *Estado de Direito* foi influenciada pelo movimento liberal oitocentista europeu, conduzido especialmente pelos teóricos Robert Von Mohl<sup>15</sup> e Friedrich Julius Stahl, na Alemanha, e Carré de Malberg, na França, que objetivavam “emoldurar e limitar o poder do Estado pelo direito”.<sup>16</sup>

Busca-se com esse movimento submeter o Estado a um regime de legalidade, de maneira que suas ações encontrem fundamento em normas jurídicas, e que toda a manifestação de seu poder deve estar emoldurada pelo Direito. Segundo a teoria, para que restasse caracterizado o Estado de Direito, necessária seria a conjugação de três postulados fundamentais, a saber:

- a) A separação dos poderes, que consiste na dissociação da organização estatal, produzindo a diferenciação de competências (funções), atribuídas a órgãos diversos, o que representou o estabelecimento de mecanismos de limitação do poder pela

fins aos quais se propôs”. E conclui o pensamento, ao afirmar que: “O Estado de polícia, é, por isso, forjado ao bel prazer do Príncipe: Não há verdadeiro limite jurídico à ação do poder, nem verdadeira proteção dos cidadãos contra o poder”. (CHEVALIER, Jaques. *L’État de Droit*. Paris: Montchrestien, 1992. p.16). “O Estado absoluto é o anti-modelo contra o qual se erguem a teoria e a construção prática do Estado de Direito. Em suas duas fases – a patrimonial e a de polícia – a vontade arbitrária do príncipe impõe-se à medida do gradual desaparecimento das possibilidades de defesa judicial dos particulares relativas às ofensas do Poder, não obstante a crescente importância que a regra de direito assume no Estado de Polícia no domínio da disciplina jurídica das relações entre os indivíduos”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.27).

<sup>14</sup> No entanto, é de se mencionar que, enquanto nas constituições revolucionárias e na organização política da Inglaterra “se pode visualizar um Estado que exprime globalmente a sociedade burguesa, já nas constituições dos Estados alemães até ao nosso século [...] vai manter-se parcialmente o modelo de Estado absoluto, como o monarca e o governo defensores de um núcleo de interesses tradicionais e o parlamento prossequindo os interesses da sociedade, ou seja, da burguesia”. (SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântica, 1969. p.51). Ou seja, na impossibilidade de moldar constitucionalmente o Estado em função da garantia dos direitos fundamentais “estimulava-se a perspetivação do conceito de ‘Rechtsstaat’ em torno de sua dimensão técnico formal (princípio da legalidade da Administração e justiça administrativa), ou mesmo a sua redução formalista a *Estado de legalidade* compatível com formas de governo autoritárias”. (NOVAIS, op. cit., p.41).

<sup>15</sup> A doutrina em geral afirma que o surgimento da teoria do Estado de Direito deve-se ao referido autor, após a publicação da “*Die Polizeiwissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates*”. (Tradução livre: A ciência policial segundo os princípios do Estado de Direito) publicada entre 1832 e 1834. Segundo relato de Simone Goyard-Fabre, Robert Von Mohl, ao se referir às doutrinas de Milton, Hobbes, Locke e Kant, teria considerado que “o Estado de direito dos tempos modernos [...] protege e encoraja o desenvolvimento de todas as forças naturais, desenvolvimento reconhecido pelo povo como objetivo de vida do indivíduo e do conjunto da sociedade”. (FABRE, Simone Goyard. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.254-255).

<sup>16</sup> CHEVALIER, op. cit., p.11.

via de sua estruturação (sistema de freios e contrapesos), evitando que um órgão concentrasse todos os poderes do Estado;

- b) A generalização do princípio da legalidade, como forma de inserir a atividade do Estado no âmbito do direito e condicionar as ações e omissões estatais à autorização legislativa;
- c) A universalidade da jurisdição como forma de assegurar o controle de validade dos atos estatais, permitindo inclusive a responsabilização dos sujeitos que atuarem de modo inadequado.

Em decorrência desses postulados, a monarquia, como detentora do poder, e que até então não se sujeitava a qualquer limite, passa a ter seu arbítrio limitado, de maneira que a vontade individual do monarca, que impunha de maneira unilateral e em termos absolutos o comportamento dos indivíduos, é substituída pela vontade da sociedade, expressada nas leis editadas pelo Parlamento.

Numa leitura superficial, poderia imaginar-se que as ações do monarca passariam a ser limitadas pela vontade geral da coletividade. No entanto, a realidade foi outra, pois a partir da redução de privilégios da nobreza e do clero, destacou-se naquele momento histórico, como classe social dominante, a burguesia.

Na França, embora a Revolução tenha sido decisiva quanto à necessidade de se impor limites ao poder do Estado por meio da lei, as reflexões político-jurídicas permaneciam centradas na intrincada relação existente entre soberania, direito e liberdade. A preocupação recorrente concentrava-se na necessidade de encontrar mecanismos que pudessem conciliar a tensão existente entre a plenitude do poder soberano com a liberdade do indivíduo.<sup>17</sup>

A solução seria, para Kant, a realização de uma Constituição perfeitamente justa, caracterizada pelos princípios da liberdade, a igualdade perante a lei e independência, cujos princípios o Estado está obrigado a respeitar e realizar coercitivamente.<sup>18</sup>

---

<sup>17</sup> Esse dilema já tinha sido objeto das reflexões de Kant, para quem, “Não existe direito sem que se possa recorrer a uma força capaz de dirimir o conflito e reprimir as violações. Ele necessita do soberano e de sua força coercitiva para desempenhar a sua função ordenadora, submetendo a vontade de cada um e obrigando-o a obedecer a uma vontade universalmente válida, sob a qual cada um possa ser livre”. Não há como se admitir que a lei possa estar desassociada da intervenção coercitiva do soberano, mas este “é, por sua vez, um ser animal que tem necessidade de um dono; desencadeia-se assim um processo *ad infinitum* que pode ser resolvido somente por aproximação: de um lenho tão retorcido, de que o homem é feito, nada de inteiramente direito se pode fazer”. (KANT. Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004. p.130).

<sup>18</sup> Ibid., p.156.

No entanto, as reflexões políticas dos liberais acerca da necessidade de repensar o problema da soberania, da lei, dos direitos, vão mais além, ganham novos contornos. Não se descarta a crença de que o soberano deve concentrar as suas forças na defesa intransigente dos princípios de liberdade, igualdade e independência e de que para torná-los efetivos possa intervir coercitivamente, contando com absoluta obediência dos súditos. Ocorre que essa necessidade de garantia da ordem inevitavelmente traz à tona o risco de exposição do soberano ao despotismo, ao arbítrio, à invocação do estado de necessidade que poderia servir para legitimar a suspensão da Constituição.<sup>19</sup> A defesa dos direitos individuais da liberdade e da propriedade não poderia estar sujeita à flexibilizações ou a especulações dessa natureza, dado o caráter absoluto de tais direitos.

Dessa forma, fazia-se necessário um sistema constitucional adequado, no qual predomine certa previsibilidade e certeza das normas, possibilitando, assim, o respeito a elas e a observância dos vínculos formais. A certeza dos direitos remete à certeza das normas e das formas jurídicas, e estas, por sua vez, “implicam o suporte externo, substancial e não-formal, daquela verdadeira e própria válvula de fechamento do sistema que, para Constant, e para todo o liberalismo oitocentista, é constituído pela opinião pública”.<sup>20</sup>

Assim, estando perfeitamente identificados as ameaças e os temores, que na visão do liberalismo oitocentista comprometiam o sistema, foi possível então vislumbrar um cenário próximo do ideal, que consiste na garantia da liberdade e da propriedade, o que seria possível mediante existência prévia de regras e de instrumentos formais de vínculos à atividade do soberano, de maneira que este pudesse então desempenhar a necessária função de garantir a ordem.

No entanto, esse projeto de engenharia<sup>21</sup> do sistema apresentado pelo liberalismo francês não era suficiente para dar conta de uma problemática que comprometia a sua execução, qual seja, o fato de que a tutela coercitiva dos direitos da liberdade e da propriedade ainda permanecia concentrada nas mãos daquele poder, que legitimado formalmente pelo próprio direito, seria justamente a principal ameaça à estabilidade do sistema.

O poder, que encontra seu fundamento de legitimidade na democracia da maioria e que a partir de então passa a contar com o reforço dos ideais revolucionários da “igualdade, da liberdade, da soberania popular e do sufrágio popular”, continuava, segundo os liberais franceses a ameaçar o sistema, diante da ausência de um sistema que efetivamente permitisse

---

<sup>19</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.118.

<sup>20</sup> COSTA; ZOLO, loc. cit.

<sup>21</sup> A expressão “intervenções de engenharia constitucional” é utilizada por J. Luther para referir-se às intervenções pensadas para conter as ameaças do poder (Apud *ibid.*, p.120).

a imposição de limitações e a efetiva garantia dos direitos. Permanece o dilema de que a maioria onipotente reintroduz aquele primado da “vontade”, que a reivindicação do caráter “absoluto” dos direitos tentava exorcizar, apelando-se ao respeito das regras e à força da opinião pública.<sup>22</sup>

Embora tenham os liberais franceses estabelecido que o objetivo seria a segurança da liberdade e da propriedade, e que o meio para alcançá-lo seria o estabelecimento de um sistema de regras e de vínculos formais que limitassem a atuação do soberano, estavam cientes de que era necessário dotar os direitos de um fundamento consistente, absoluto, incontestável, bem como de apresentar alternativas que fizessem do soberano um espelho da ordem então vigente.

A grande contribuição para o dilema é desenvolvida por Antonio Rosmini:

por um lado, trata-se de dar aos direitos um fundamento “forte”, metafisicamente incontestável; por outro, de fazer do soberano, por meio de um mecanismo representativo rigorosamente censitário, o reflexo da ordem proprietária, enfim, – e é este o aspecto mais relevante – predispor, por meio da instituição de um “tribunal político” de uma “Suprema corte de justiça política”, um controle eficaz da assembleia legislativa. É esse tribunal que deverá desempenhar “o ofício de protetor e guardião da Constituição nacional”, controlando a conformidade das leis “com a lei fundamental que deve ser superior a todas as outras, a todas as pedras de toque”. Em vez de varar uma constituição e depois deixá-la “lá, de lado”, sem imaginar nenhum poder “encarregado de protegê-la”, é preciso criar um organismo que a defenda de qualquer infração: a Constituição, então, “não é mais um papel escrito, sem voz”, mas “é dada a ela a vida e a palavra”.<sup>23</sup>

Não se descarta que as alternativas apresentadas pelos liberais franceses para frear as ameaças do poder, possibilitaram, ainda que formalmente, definir os instrumentos indispensáveis à preservação dos direitos individuais, vistos como absolutos, que necessitam, para o seu funcionamento efetivo, da participação efetiva da opinião pública. No entanto, não se descarta também que a simples disposição de instrumentos meramente formais não dá conta de resolver a constante tensão existente entre poder e direito.

Aliás, esse dilema não é exclusivo do liberalismo francês, porquanto a cultura político-jurídica da Alemanha já o enfrentava, tendo inclusive introduzido o termo “*Rechtsstaat*”.

Diferentemente da preocupação dos liberais franceses, para os quais o Estado de Direito deve assumir como principal finalidade a tutela dos direitos individuais, e que, para tanto,

---

<sup>22</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.120.

<sup>23</sup> SERBATI, Antonio Rosmine. La costituzione secondo La giustizia sociale. In: ROSMINI, A. **Progetti di costituzione**. Saggi editi Ed inediti sullo Stato, org. C. Gray. Milano: Bocca, 1952. p.52.

deve dispor de instrumentos que possibilitem a submissão do poder a vínculos que possam conter as ameaças da sua ação, as duas principais concepções do Rechtsstaat, capitaneadas por Robert Von Mohl e Friedrich Julius Stahl, concebem o Estado de Direito como o Estado de Direito racional, um Estado idealizador dos princípios da razão, em que se governa segundo uma vontade racional geral, na busca do melhor para todos os indivíduos. A relação que se estabelece entre o sistema jurídico e os cidadãos é considerada na perspectiva do pertencimento do sujeito de direitos a uma comunidade nacional.<sup>24</sup>

Nessa concepção, o sujeito de direitos não é a pessoa em sua individualidade, mas como pertencente à comunidade. O Estado é idealizado como personificação da coletividade, da totalidade originária que, sob a autoridade soberana, está a serviço do interesse comum de todos os indivíduos. Para Stahl, o sujeito do direito é o povo na sua unidade, e não o indivíduo como tal. “É no real pertencimento ao povo que a personalidade individual se realiza concreta e historicamente”. A relação entre o indivíduo e a ordem jurídica “é mediada pelo pertencimento ao povo: o indivíduo é submetido ao direito ‘não como indivíduo, como *homo*’, mas como parte do povo, ‘membro do todo’”.<sup>25</sup>

Para a teoria de Stahl, o *Rechtsstaat* é caracterizado por um Estado que atua na forma estabelecida pelo direito e que se propõe a “determinar exatamente e fixar inabalavelmente as linhas e os limites da sua atividade assim como as livres esferas dos cidadãos na forma do direito”.<sup>26</sup> Não se desconhece a existência de vínculos de conteúdo a que a ação do Estado está sujeita (direitos fundamentais, de liberdade, de igualdade); o que de fato interessa é que toda atividade estatal deve estar formal, prévia e certamente definida no sistema normativo.

Por sua vez, segundo Pietro Costa, Robert Von Mohl volta suas atenções à necessidade de repensar o problema da soberania, da lei, dos direitos, sob outra perspectiva, estabelecendo como ponto fundamental a liberdade individual – por entender ser o pilar fundamental do Estado de Direito – sem, contudo, render-se à ideia de que seja prescindível a intervenção das organizações políticas.<sup>27</sup>

---

<sup>24</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.122.

<sup>25</sup> Fr. J. STAHL apud *ibid.*, p.124.

<sup>26</sup> *Ibid.*, p.125.

<sup>27</sup> COSTA; ZOLO, loc. cit.

A simples ideia de que o Estado deve agir na forma expressada pelo direito não é suficiente para caracterizar um Estado de Direito; é preciso mais, que o direito intervenha vinculando a sua ação à busca da liberdade individual, não em sentido individualista e assim isenta da interferência do poder, mas como mecanismo de afirmação e expansão individual.

No quadro da razão e do direito, “o homem só pode ter como único fim da sua existência terrena, a formação mais completa e harmônica possível de todas as suas potencialidades e forças”. O Estado de Direito só pode ter o fim de “ordenar de tal maneira a vida coletiva, que cada um dos seus membros seja apoiando e, estimulado no máximo grau no exercício e aproveitamento de todas as suas forças, livre e integralmente”.<sup>28</sup>

Os fins do Estado de Direito identificam-se, portanto, com a racionalização do Estado, cuja racionalidade é fundada nos direitos do indivíduo e orientada para o pleno e harmônico desenvolvimento de todas as capacidades do homem.

Mesmo que divergentes, as principais concepções da fórmula do Rechtsstaat da Alemanha da primeira metade do século XIX, devidas a Mohl e Stahl, é possível concluir que com a ideia de Estado de Direito, procura-se indicar um Estado que age na forma do direito, e que se possa por meio dele determinar quais são as linhas e limitações da sua atividade, e o espaço da esfera da liberdade dos cidadãos. O direito é a forma pela qual o Estado age e é por meio dele que se estabelecem racionalmente os seus objetivos e atividades, preponderantemente voltados à preservação da liberdade e segurança das pessoas e da propriedade privada, ou seja, uma atividade voltada com ênfase à garantia da liberdade individual das pessoas, assegurando-lhes a possibilidade de pleno desenvolvimento.

Assim, a organização do Estado e a regulação das suas atividades ocorrem mediante princípios racionais, abrangendo o reconhecimento de direitos básicos da cidadania, a exemplo da tutela da liberdade pessoal, da liberdade de locomoção, aquisição e contratação, a igualdade jurídica e a garantia do direito de propriedade, bem como a independência dos juízes, visando à segurança na administração da justiça, o predomínio da lei e a representação do povo junto à atividade legislativa do Estado.<sup>29</sup>

Diferentemente dos países onde de certa maneira as propostas liberais se impuseram, a consagração teórica originária do conceito de “Estado de Direito” na Alemanha exprime o

---

<sup>28</sup> COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.128.

<sup>29</sup> Ibid., p.129-130.



modelo de Estado absoluto<sup>30</sup> e, na impossibilidade de se moldar constitucionalmente o Estado em função da garantia dos direitos fundamentais, estimulou-se a perspectiva do conceito de Estado de Direito em torno da sua dimensão técnico-formal (legalidade da Administração e justiça administrativa), ou mesmo a sua redução formalista a um Estado de legalidade, compatível com as formas de governo autoritárias.

Como consequência, os esforços não são dirigidos para se conquistar o Estado, mas limitam-se a eliminação do arbítrio e a vinculação do governo às normas de direito racional. A passagem do Estado de Polícia ao Estado de Direito ocorre de maneira mais lenta, e a proteção dos direitos subjetivos é alcançada pela progressiva restrição do domínio do antigo *Regierungsgewalt* (poder de governo), enquanto por meio das instituições do *Rechtsstaat* se procurava emancipar a burocracia do comando individual do Monarca; elemento este fundamental na construção da imagem de um Estado forte, neutral, acima das classes, capaz de conduzir, “a partir de cima”, uma revolução burguesa sem direção da burguesia.<sup>31</sup>

Assim, o Estado de Direito restou caracterizado como sendo um projeto de racionalização do Estado com vistas à proteção da liberdade e dos direitos do cidadão, e foi fortemente influenciado pelos interesses da classe burguesa então em ascensão, para a qual o Estado de Direito era não somente um conceito filosófico, mas especialmente um conceito de luta política voltada contra a ausência de previsibilidade do Estado de Polícia, bem como contra as barreiras sociais herdadas da sociedade estamental.

Por outro lado, o projeto de racionalização do Estado até então levado a efeito pelos liberais burgueses teve como propósito a garantia de um núcleo de direitos fundamentais, evidentemente interpretados na perspectiva dos valores da iniciativa privada, quais sejam, da segurança da propriedade e da libertação dos indivíduos da ação do Estado no espaço da livre iniciativa.

Mas, indiferente ao fato de que esta proposta de racionalização do Estado tenha servido preponderantemente aos interesses políticos de uma burguesia em ascensão, não há como se descartar o fato de que, formalmente, houve uma significativa libertação da sociedade do

---

<sup>30</sup> Como bem observado por Ehrhardt Soares, “enquanto nas constituições revolucionárias e na organização política inglesa se pode ver um Estado que exprime globalmente a sociedade burguesa, já nas constituições dos estados alemães até o nosso século [...] vai manter-se parcialmente o modelo de Estado absoluto, com o monarca e o governo defensores de um núcleo de interesses tradicionais e o parlamento prosseguindo os interesses da sociedade, ou seja, da burguesia”. (SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântica, 1969. p.51).

<sup>31</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.41.

absolutismo do Estado, e também do direito em relação ao arbítrio, considerando que, na particular concepção de divisão das funções do Estado, a limitação deste deveria dar-se essencialmente mediante procedimentos de natureza jurídica.<sup>32</sup>

A separação e autonomia do aparelho do Estado eram institucionalizadas por meio da representatividade política, decorrente de eleições censitárias, da autonomia dos representantes e do mandato representativo. Por sua vez, a proteção dos direitos individuais e a subordinação do Poder às exigências da sociedade ocorreriam pela instrumentalização jurídica, que consiste na separação dos poderes, com o que se permitia a previsibilidade da intervenção estatal, além da institucionalização da justiça administrativa.

Jorge Reis Novais bem resume esse sistema de garantias:

Por um lado, procedia-se à repartição de funções por órgãos distintos e atribuía-se um valor jurídico hierarquizado aos diferentes actos estaduais; por outro lado, através do reconhecimento da subjetividade jurídica do Estado – com a consequente titularidade de direitos e deveres perante os cidadãos – e da tutela jurisdicional destas situações subjectivas, as relações entre os particulares e o Estado constituíam-se em relações essencialmente jurídicas, submetidas ao império do Direito.<sup>33</sup>

Para o liberalismo oitocentista, a garantia da liberdade e dos direitos dos indivíduos era traduzida tão somente na existência de um sistema de garantias jurídicas (separação dos poderes, da primazia da lei e do princípio da legalidade) que permeava toda a estruturação do Estado e enquadrava as suas relações com a sociedade.

Os direitos fundamentais eram considerados como um dos vários elementos da concepção do Estado de Direito Liberal e não o sentido último da submissão da Administração à lei, ou seja, o reconhecimento de uma esfera de autonomia em que os indivíduos são titulares de direitos subjetivos, oponíveis a terceiros e ao Estado – a própria esfera dos direitos fundamentais.

Em decorrência desse individualismo que permeava a separação do Estado da sociedade, a concepção liberal acerca dos direitos fundamentais é de que estes se tratam de esferas de autonomia a preservar da intervenção do Estado (e não como um dever de prestação) que, nessa perspectiva, deve limitar-se a garantir aos indivíduos condições que permitam o livre encontro das autonomias individuais.

---

<sup>32</sup> Está a se referir à existência de organizações estatais com competências predeterminadas constitucionalmente, sendo que pelo menos uma dessas organizações deriva de eleições nacionais, num sistema de divisão de poderes que consagra a supremacia do legislador mediante o império da lei e da subordinação do Executivo garantida pelo princípio da legalidade.

<sup>33</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.70.

Os direitos fundamentais passam a ser considerados como um direito a ser exercido contra o Estado, no sentido de garantias da autonomia individual contra as intervenções do soberano. Na classificação de Jellinek, são os direitos de liberdade, reconduzidos a um *status negativo*<sup>34</sup> do indivíduo, a uma esfera livre da intervenção estatal em que se buscam fins estritamente individuais. Seriam, então, os direitos do homem na sua individualidade, como abstração (propriedade privada, liberdade de consciência, liberdade pessoal)<sup>35</sup>; já no que se refere aos direitos do homem nas suas relações com os demais indivíduos, estes seriam considerados caso não invadissem os domínios da política.

Mesmo que a tônica do discurso fosse a defesa dos interesses de toda a sociedade, por detrás do *canto da sereia* estavam os interesses próprios de uma burguesia em ascensão, ou seja, uma concepção de direitos fundamentais fundada no individualismo possessivo<sup>36</sup>, essencialmente impregnada pela defesa intransigente da propriedade, como elemento que fundamentava, orientava e atribuía todos os demais direitos.

No Estado de Direito liberal, a propriedade é “uma condição objetiva (uma garantia) de liberdade – constituindo e distribuindo o poder de escolha (de compra) – e, simultaneamente, de felicidade”.<sup>37</sup> Portanto, uma concepção de direitos fundamentais, estritamente permeada pelo individualismo possessivo.

---

<sup>34</sup> O autor desenvolve, para a relação existente entre direito subjetivo e liberdade, a denominada teoria do status, que seria a posição do indivíduo em face do Estado, visto não somente como alguém submetido à sua soberania, mas em decorrência do fato de ser reconhecido pelo Estado como sujeito dotado de personalidade, de deveres e direitos em face do Estado. Nessa perspectiva, o conteúdo do direito à liberdade (bem ou interesse) conferido por força da pretensão protegida juridicamente é a omissão de interferência, pelo Estado, na esfera de liberdade do indivíduo, ou seja, o bem ou interesse equivale à ausência de medidas pelo Poder Público que caracteriza tal interferência, em que juridicamente a liberdade protegida identifica-se com “esfera de liberdade”. Para explicar o quais seriam os limites dessa “esfera”, o autor vale-se do status negativo, que consiste na seguinte lógica: Se o próprio Estado está submetido à ordem jurídica, então a subordinação do indivíduo ao Estado deve estar limitada àquilo que a ordem jurídica prescreve. Portanto, descartadas todas as limitações jurídicas estabelecidas para a ação individual, o excedente seria a esfera de liberdade dos indivíduos (JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti subbietivi**. Roma-Milano-Napoli: Società Editrice Libreria, 1912. p.106).

<sup>35</sup> Para Marx, “nenhum dos direitos ditos do homem ultrapassa o homem egoísta, o homem tal como é enquanto membro da sociedade burguesa, isto é, um indivíduo virado sobre si próprio, sobre seu interesse e prazer privados e separados da comunidade”. (MARX, Karl. **La question juive**. Paris: Aubier, 1971. p.103).

<sup>36</sup> O termo “individualismo possessivo” tem sua origem na obra de constitucionalistas e teóricos do Estado contemporâneo, e é utilizado para designar a corrente contratualista de meados do século XVII, que teve como um de seus ideais a defesa e garantia irrestrita da propriedade dos indivíduos pelo Estado. Como principais representantes dessa vanguarda, além de John Locke, o também contratualista Thomas Hobbes, que em sua obra “O Leviatã” defendeu o surgimento do Estado como mecanismo hábil para a segurança, paz e defesa dos cidadãos. (MACPHERSON, Crawford Brough. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979. p.209).

<sup>37</sup> ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983. p.44.

É justamente na defesa da propriedade que ocorre a minimização dos direitos fundamentais, especialmente para aquelas concepções liberais que limitam o exercício dos direitos políticos a uma reduzida parcela da sociedade, detentora do poder econômico.<sup>38</sup> Esse foi o contexto da primeira fase do Estado de Direito, fortemente influenciado pelos ideais burgueses, e que teve por característica marcante a proteção da liberdade e a defesa da intransigente da propriedade.

## 2.2 A TEORIA DA AUTOLIMITAÇÃO DO ESTADO E OS DIREITOS PÚBLICOS SUBJETIVOS

Encarado o problema do Estado sob o viés político-jurídico, a partir da segunda metade do século XIX, a doutrina, sobretudo a alemã, depara-se com uma grande dificuldade em encontrar um fundamento para a liberdade dos indivíduos em face do Estado ou dentro dele, considerando que é o próprio Estado que delimita livremente os contornos das ações individuais e estabelece as respectivas garantias.

Em realidade, esse dilema se apresentava diante da insistência doutrinária em não renunciar, em nome do direito, o poder do soberano, pois se o poder se expressa na forma da lei, é impossível se falar de limites.

Mesmo que a doutrina oitocentista tivesse se esforçado para tentar provar a possibilidade da coexistência da soberania estatal (como poder de criar o Direito Positivo) com os direitos individuais, ela mostrava-se inoperante diante do problema fundamental das liberdades humanas, ao deixar de justificar como se poderiam conceber os direitos individuais como obras emanadas diretamente do Estado.

Alguns teóricos defensores do Estado criador do Direito, além de manterem-se firmes às exigências do sistema então vigente, no sentido da impossibilidade de se conceber a vinculação do Estado ao Direito, argumentavam que não existem direitos individuais no Estado e perante ele, e o que se denominava direito subjetivo não era outra coisa senão as lacunas existentes na legislação positiva, colocadas à livre disposição da atividade de cada indivíduo. Isso porque o

---

<sup>38</sup> Essa limitação dos direitos políticos, que tem por fim a defesa dos interesses da classe burguesa, resta bem caracterizada no pensamento de Benjamim Constant, para quem, “Só a propriedade torna os homens capazes do exercício dos direitos políticos [...] o fim necessário dos não-proprietários é chegar à propriedade [...] esses direitos (os direitos políticos) nas mãos da massa servirão infalivelmente para invadir a propriedade. “E isso será feito por essa via irregular, em vez da via natural, a do trabalho; para eles será uma fonte de corrupção, para o Estado uma fonte de desordens”. (Apud NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.76)

Estado, mediante sua vontade soberana, poderia a qualquer momento estendê-las ou restringi-las, ou como conclui Santi Romano, não representavam direitos propriamente ditos, mas simples “interesses legítimos”, podendo, no máximo, ser vistos como *direitos reflexos de garantia ilusória*.<sup>39</sup>

No entanto, grande parte da doutrina alemã do século XIX trouxe para o direito público o mesmo modelo que estruturava e regulava as relações jurídicas do direito privado como “direitos subjetivos”. Essa mescla dos sentidos, público e privado, se fez acompanhar da superação de toda justificativa metajurídica, do Direito natural, no que se refere à existência de direitos originários anteriores ao Estado, especialmente dos até então denominados direitos do homem, direitos individuais ou liberdades públicas. A única fonte do direito é o Estado, e é somente a ordem jurídica positiva que reconhece os direitos dos indivíduos como fundamentais.

Partindo da concepção do Estado como pessoa jurídica, e que com os indivíduos mantém relações de caráter jurídico, mesmo naquelas relações em que figura numa situação de soberania, a doutrina dos chamados direitos públicos subjetivos considera o Estado e os particulares (igualmente considerados como sujeito de direitos) titulares de posições subjetivas que, por serem previstas pelo direito, apresentam-se como direitos subjetivos (públicos) e correspondentes deveres. Nessa perspectiva era então possível conciliar e regular juridicamente a liberdade dos indivíduos com a soberania do Estado.

É justamente nessa possibilidade de conciliação entre a liberdade e a soberania que a teoria dos direitos públicos subjetivos assume significativa importância<sup>40</sup>, na maneira em que se apresentou compatível tanto com a fundamentação jusnaturalista (francesa) dos direitos fundamentais, como limitações exteriores e anteriores à soberania do Estado, quanto com a concepção alemã, que visualiza no Estado a fonte, condição e medida dos direitos concedidos aos indivíduos num processo de autolimitação da soberania estatal.

---

<sup>39</sup> ROMANO, Santi. Teoria dei diritti pubblici subbietivi. In: ORLANDO, Vittorio Emanuele (a cura di). **Primo trattato completo di diritto amministrativo**. Milano: Società Editrice Libreria, 1897. v.1. p.111.

<sup>40</sup> Evidentemente que não há como desconsiderar que as primeiras concepções acerca da subjetividade do direito já se encontravam presentes na teoria kantiana, ou até mesmo no artigo 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 (A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição); no entanto, foi com a guinada dos direitos subjetivo-individuais da própria existência político moral na direção da subjetividade jurídica da propriedade a partir da Constituição francesa de 1799, que se abriram os horizontes à elaboração, sob o comando de Gerber e Laband, dos direitos públicos subjetivos como simples reflexo da autolimitação estatal, visto que, pela supremacia do Estado, não se admitia que o indivíduo a ele pudesse se opor. (OLIVAS, Enrique; DIAZ OTERO, Eduardo. **Metafísica e historicidad em los derechos subjetivos**. Madrid: Livros Dykinson, 1997. p.170).

Nas palavras de Jorge Reis Novais, o primeiro teórico a admitir a existência dos direitos públicos subjetivos foi Carl Friedrich Von Gerber, que dividiu as opiniões entre aqueles que sustentavam a existência de direitos públicos no indivíduo, inatos a ele e independentes de qualquer intervenção estatal, e aqueles que negavam a existência de direitos alheia ao Estado. Segundo Novais, Gerber apresenta uma concepção limitada dos direitos públicos subjetivos, em evidente reação contra o jusnaturalismo, o que lhe conduz a configurar os direitos como simples efeitos reflexos do Direito objetivo pertencentes ao Estado e existentes enquanto existem o Estado e sua soberania.<sup>41</sup>

Segundo Novais, Gerber não concebe a ideia de que o Estado possa absorver todas as relações do homem em sociedade, que em sua grande maioria estariam livres do espaço de limitação do Estado. Tratam-se dos direitos dos homens que se apresentavam como limites ao poder do Estado, embora não se tratassem de direitos propriamente ditos, ou seja, em sentido subjetivo. Esses direitos “permanecem sempre apenas negações, restringindo o poder estatal nos limites das suas faculdades; esses devem ser considerados apenas limites dos direitos do monarca do ponto de vista dos súditos”.<sup>42</sup>

Os direitos do indivíduo não se constituem em “*direitos em sentido subjetivo, uma vez que esses parecem, antes, como proposições jurídicas, ou seja, como normas de direito objetivo*”<sup>43</sup>. Trata-se das liberdades individuais, de consciência, de reunião e de associação, que diferentemente das concepções naturais e liberais – em que eram consideradas como próprias dos indivíduos em razão da comum humanidade –, passam ser concebidas como consequência das normas objetivas, simplesmente expressando as leis gerais.

Nesse sentido, a concepção liberal da necessidade da conciliação entre o direito e a liberdade dos indivíduos sai de cena para dar lugar à ideia da soberania do Estado, e o Estado de Direito se transforma no direito do Estado. “A força da vontade do Estado, o poder do Estado, é o direito do Estado”.<sup>44</sup> O Direito Público é, portanto, a doutrina do poder do Estado.

Posteriormente, Laband afirmaria que os direitos de liberdade ou direitos fundamentais são normas para o poder do Estado, que ele dá a si mesmo. Esses direitos formam limites para a competência dos funcionários, asseguram ao indivíduo a sua liberdade natural de comportamento

---

<sup>41</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.78.

<sup>42</sup> NOVAIS, loc. cit.

<sup>43</sup> NOVAIS, loc. cit

<sup>44</sup> GOZZI, Gustavo. Estado de direito e os direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.329.

em âmbitos determinados, mas não fundam direitos subjetivos dos cidadãos.<sup>45</sup> Esses não são direitos porque não têm nenhum objeto.<sup>46</sup>

Da mesma forma que Santi Romano, Laband nega a existência dos direitos subjetivos, considerando-os como simples reflexos das normas objetivas, que eram consequência da autolimitação, soberanamente decidida pelo Estado. As consequências dessa concepção eram evidentes, ou seja, por meio dela se pretendia fazer crer que esses direitos eram uma simples contingência, visto que dependentes do alcance em que cada caso tivesse a autolimitação do poder. Não se configurava *a priori* o direito, senão posteriormente e nas condições derivadas da própria limitação normativamente estabelecida pelo Estado. Com essas concepções buscava-se reduzir os potenciais efeitos desses direitos no âmbito político.

Mas é somente com Jellinek, embora mantendo em comum com Gerber e Laband a abordagem juspositivista, que a doutrina dos direitos públicos subjetivos passa a ser formulada, tendo como ponto central a ideia de que todo indivíduo é elevado à condição de pessoa, de sujeito de direito, antes de tudo, pelo fato de o Estado lhe atribuir, eficazmente, a tutela jurídica estatal, ou seja, é o Estado que lhe confere personalidade jurídica.<sup>47</sup>

Jellinek tem como ponto de partida a centralidade do Estado e a necessidade da sua soberania, como poder objetivamente limitado e que se exerce no interesse geral. Trata-se de um poder exercitado sobre pessoas que não são em tudo e por tudo subordinadas porquanto se cuidam de homens livres. Ao membro do Estado têm pertinência, por essa razão, situações das quais os indivíduos são senhores absolutos.<sup>48</sup>

Os direitos, por sua vez, dependem do fato de os indivíduos pertencerem ao Estado, e não consistem, segundo Jellinek, em meros reflexos da ordem normativa como desenhado por

<sup>45</sup> Segundo Laband, “existe uma conexão orgânica entre o Estado e a Nação, de modo que as normas e leis do Império eram expressão de ‘uma vontade do Estado’, que também concilia com ‘a vontade da sociedade. Para o autor, a ‘vontade do Estado’ é o princípio maior da ordem jurídica, sobrepondo-se, inclusive, à ordem constitucional. (apud PEDRON, Flávia Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade**. Belo Horizonte: Arraes, 2012. p.88). Na tradição alemã, o Estado é que procede a Constituição, e isso tem explicações históricas: O Estado era o objeto de um poder e de uma vontade monárquica, que estavam presentes muito antes de se pensar em uma constituição. A Constituição caberia apenas a tarefa de moldar e limitar esse poder – por essência, ilimitado – de uma organização política já existente, de modo que sua legitimidade é apenas derivada da legitimidade do Estado. (p.88).

<sup>46</sup> Nessas condições, segundo Flávia Quinaud, “a dogmática jurídica acaba transformando-se num veículo de legitimação através do ser discurso dos atos do Estado. [...] com isso fecham-se as portas para uma discussão sobre a legitimidade e os limites dos atos estatais. Além do mais, a ação estatal significava a incorporação da ‘vontade do Estado’ e ‘da sociedade’ como um elemento só, e, assim, o jurista não era autorizado a discuti-la, dadas as suas feições metajurídicas” (Ibid., p.89).

<sup>47</sup> JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti subbiettivi**. Roma-Milano-Napoli: Società Editrice Libreria, 1912. p.92.

<sup>48</sup> Ibid., p.97.

Santi Romano e até mesmo Gerber, mas sim, em verdadeiras e próprias prerrogativas dos sujeitos. Não se concebe a ideia de direitos naturais, especialmente aqueles definidos como direitos do homem, direitos individuais ou liberdades públicas, pois é a ordem jurídica que os reconhece como fundamentais. A subjetividade se opõe ao Estado, ou é exercida em face dele, motivando a denominação para a nova categoria de “direitos públicos subjetivos”, que basicamente se apresentavam como um complexo de posições, situações e *status* conferidos a um sujeito em face do Estado.

Ocupando posição de destaque da tendência então dominante na Alemanha, cujas concepções, a começar por Gerber, e depois por intermédio de Laband, restringiam ao mínimo o reconhecimento da existência de direitos públicos subjetivos dos indivíduos perante o Estado, Jellinek insurge-se contra a estatolatria do direito público alemão, e diante das realidades jurídicas da época, marcadas pela tensão direito e poder, consagra a denominada “teoria mista”, que entende ele ser o ponto de equilíbrio nas relações entre o indivíduo e o Estado.

Numa análise das teorias que afirmam que o núcleo do direito subjetivo reside na vontade<sup>49</sup> ou interesse<sup>50</sup>, Jellinek conclui que uma observação mais acurada do conteúdo do direito revela que não é a vontade abstrata, mas a vontade dirigida a uma finalidade determinada que venha reconhecida e garantida, e que o móvel da vontade não pode ser eliminado do conceito do direito. Essa vontade, no entanto, não pode ser encarada como escopo, mas sim, um meio para atingir a finalidade, seja do indivíduo, seja do ordenamento jurídico, pois, para Jellinek, *“diritto subbietivo é la potestà di volere che ha l'uomo, riconosciuta o protetta dall'ordinamento giuridico, in quanto sia rivolta ad un bene o ad un interesse”*.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> Para Windscheid, o direito subjetivo é um poder da vontade concedido pela ordem jurídica. Para o autor, “a tarefa do direito privado é traçar os limites dos campos de vontade dos indivíduos que vivem em comum, de definir em que medida a vontade de cada indivíduo deve ser decisiva para os indivíduos com os quais se enfrenta. Esta finalidade o ordenamento jurídico privado alcança por meio de proposições jurídicas imperativas e proibitivas”. (WINDSCHEID, Bernard. **Diritto delle pandette**. Prima Traduzione Italiana. Parte Prima. Torino: Unione Tipografica – Editrice Torinese, 1902. v.1. p.80 - tradução livre).

<sup>50</sup> Contestando a teoria da vontade de Windscheid, Jhering afirma que o direito subjetivo não é o adorno, o objeto da vontade, mas sua condição, pois, para o autor, “os direitos não são o fim da vontade, ainda que lhe sirvam de meio”. Sustenta o autor que os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata, mas para garantir os interesses da vida, ajudar a satisfazer as suas necessidades e realizar seus fins; a utilidade e não a vontade é a substância do direito, que deve ser somada ao meio para esse fim, que é a proteção do Direito objetivo por meio da possibilidade de ajuizamento de ação judicial em caso de violação do direito. A partir destas ideias Jhering expõe seu conceito de direito subjetivo, consagrando a chamada teoria do interesse, por meio do seguinte raciocínio: “Os direitos são interesses juridicamente protegidos”. (JHERING, Rudolf Von. **Espíritu del Derecho Romano**. 2.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962. p.443 - tradução livre).

<sup>51</sup> Em tradução livre: “o poder da vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse”. (JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti subbietivi**. Roma-Milano-Napoli: Società Editrice Libreria, 1912. p.49).



Além de vislumbrar a existência de direitos subjetivos, Jellinek indica a eles uma extensão e funções que se podem qualificar como essenciais e determinantes na seara do direito público. Segundo a concepção do autor, o direito subjetivo decorre do reconhecimento, por parte do Estado, da posição do indivíduo como pessoa, como pertencente ao Estado e dotado de direitos individuais diante da esfera pública, pois essa concessão do Estado possibilita ao indivíduo, pelo poder da vontade, colocar em movimento o sistema jurídico para realizar um interesse, mediante o reconhecimento do ordenamento jurídico. Observa-se dessa concepção que o direito subjetivo é, portanto, um poder da vontade humana que recai sobre um bem ou um interesse e que o ordenamento jurídico reconhece e protege.

Mas, considerada a transposição para o direito público, do modelo estrutural e funcional das situações jurídicas definidas pelo direito privado como direitos subjetivos e, tendo apresentado o conceito do direito subjetivo, Jellinek busca encontrar critérios que possam diferenciar os dois direitos subjetivos, privado e público. Ou seja, o autor procura verificar se a diferenciação reside no elemento substancial, ou se é estabelecida no elemento formal, ou ainda, se entre ambos existe diferença formal e substancial, e conclui que, no aspecto formal, o direito público subjetivo reside na pretensão jurídica (direito de ação) que deriva do reconhecimento da personalidade jurídica por parte do Estado.

Já no que se refere ao elemento material, o autor entende que os interesses individuais são caracterizados por interesses constituídos preponderantemente de escopos individuais e gerais, o que constitui o conteúdo do direito público. Por isso, com respeito ao elemento material, o direito público subjetivo é o que cabe ao indivíduo, em decorrência da sua qualidade de membro do Estado.

Para o autor, o que caracteriza o Estado moderno é o reconhecimento dos seus súditos como pessoas, como sujeitos de direito capazes de “reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado”<sup>52</sup>; dessa forma, diferentemente dos tipos históricos de Estado que o precederam, o Estado moderno exerce a sua soberania sobre homens livres aos quais reconheceu, mediante um processo de autolimitação, uma personalidade jurídica.

E mais, considerando o fato de que o indivíduo pertence ao Estado, é ele qualificado por diversas perspectivas. As prováveis relações que podem surgir entre o indivíduo e o Estado fazem com que exsurjam várias condições juridicamente relevantes. E é justamente das pretensões jurídicas que decorrem dessas condições que derivam os denominados direitos

---

<sup>52</sup> JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti subbietivi**. Roma-Milano-Napoli: Società Editrice Libreria, 1912. p.97.

públicos subjetivos. Em razão dessa qualidade de ser membro do Estado, o cidadão se encontra numa pluralidade de relações de “status”.

Dessa forma, para Jellinek, quatro ordens distintas se apresentam como os limites jurídicos da soberania. A primeira ordem é o *status passivo* (ou *status subjectionis*), pelo qual o súdito se encontra em posição de subordinação, devendo a prestação de deveres ao Poder Público, não possuindo qualquer direito.

Pela segunda ordem se reconhecem as personalidades individuais, outorgando uma esfera independente de atividade, livre das interferências do Estado, ou seja, a esfera da liberdade individual, do *status negativo* (ou *status libertatis*), concedida àqueles a quem pertencem os direitos de liberdade. Esses direitos não são concebidos na perspectiva jusnaturalista, mas sim com base numa interpretação do tipo historicista.<sup>53</sup>

Nessa perspectiva, nenhum direito que não aquele positivado pelo Estado seria reconhecido pelas Constituições, e as normas constitucionais representavam apenas prescrições dirigidas ao legislador. Nessa perspectiva, os direitos de liberdade encontravam fundamento na lei, ou como concluiu Jellinek, “toda liberdade não é senão isenção de constrições ilegais”.<sup>54</sup>

Pela terceira ordem, o Estado se obriga em relação às personalidades individuais reconhecidas, e em cujo interesse deve sempre agir; é o *status positivo* (ou *status civitatis*), pelo qual o Estado atribui direitos públicos subjetivos aos indivíduos, ou seja, precisas capacidades jurídicas pelas quais é possível que o sujeito exija a atuação positiva do Estado na realização de determinada prestação ou até mesmo a intervenção de autoridade visando à anulação de um ato administrativo ilegal.

Por fim, a quarta e última ordem é o *status ativo* (ou *status activae civitatis*), pelo qual o Estado reconhece aos indivíduos o direito de participar do próprio poder, de influenciar a formação da vontade estatal, no caso dos direitos políticos, como o direito de voto.

É justamente nesses quatro “status” que residem as condições em que o indivíduo pode se apresentar pelo fato de ser membro do Estado. Em primeiro lugar, as prestações ao Estado; em segundo, a liberdade do Estado; em terceiro, pretensões junto ao Estado e, por fim, prestações por conta do Estado. São esses os quatro “status” que, segundo Jellinek, formam uma linha ascendente. Inicialmente, devido ao fato de que o indivíduo possui o dever de obediência ao

---

<sup>53</sup> Segundo Jellinek, “embora se deseje fazê-los parecer como o produto de uma teoria geral do homem e do Estado, todavia, na sua concreta forma legislativa, estes (os direitos fundamentais) não podem ser explicados a não ser historicamente”. (JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti subbiettivi**. Roma-Milano-Napoli: Società Editrice Libreria, 1912. p.106).

<sup>54</sup> Ibid., p.115.

Estado, ele se encontra privado de personalidade; em seguida, a personalidade lhe é reconhecida num âmbito livre de qualquer intervenção do Estado; ainda, o próprio Estado tem o dever de prestações perante o indivíduo e, por fim, ao indivíduo é dado o direito de participar das decisões estatais.

Além do *status passivo* (ou *status subjectionis*), que não produz direitos individuais, mas tão somente deveres, as demais condições de “status”, que se apresentam como os diferentes direitos subjetivos do indivíduo, constituem para Jellinek os limites jurídicos da soberania.

Nessa perspectiva, o Estado, mesmo que voltado à persecução dos interesses públicos, em grande parte das vezes os alcança justamente pelo fato de reconhecer os direitos dos indivíduos, ao estabelecer com eles relações jurídicas propriamente ditas.

Portanto, o Estado de Direito é, para Jellinek, aquele Estado soberano que, ao se autolimitar, se põe como pessoa, como sujeito jurídico, titular de direitos e obrigações, devendo respeitar tanto o direito objetivo como os direitos com os quais entre em relação. Ele formalmente se realiza ao estreitar relações jurídicas com aqueles indivíduos que ele mesmo cria como sujeito de direitos graças a sua soberania e em razão da sua opção em se autolimitar. Trata-se de relações jurídicas nas quais, Estado e direito, administração e indivíduos, são titulares de direitos e de obrigações juridicamente estabelecidos e que podem ser controladas judicialmente.

Observa-se, dessa forma, que é o próprio Estado que decide se autolimitar como condição de realizar-se como tal. Na maneira em que o Estado se constitui e se realiza como Estado jurídico, ele necessariamente deve se autolimitar, e o exercício da sua soberania está condicionado ao reconhecimento de direitos com os quais entra em relação.

Com esses argumentos, os autores da teoria da autolimitação entenderam que era perfeitamente possível conciliar o caráter absoluto da soberania com a submissão do Estado ao Direito, com a liberdade, partindo do pressuposto de que era vantajoso para o Estado criador do Direito, autolimitar-se de maneira a não se voltar contra a sua própria natureza.<sup>55</sup> Essa submissão do Estado ao Direito decorre tão somente da sua própria vontade, de forma que a sua soberania se mantém íntegra, segundo concluiu Jellinek e tantos outros precursores da referida teoria.

Concluindo, a grande contribuição da teoria da autolimitação reside no fato de que se tornou possível disciplinar as relações entre o Estado e os indivíduos, especialmente por meio

---

<sup>55</sup> GOZZI, Gustavo. Estado de direito e os direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.330-331.

da juridicização da atividade administrativa, que a partir de então passa a ser controlada pela atividade jurisdicional do Estado, fortalecendo sobremaneira, para o sistema então vigente, a tutela da esfera jurídica individual.

Descartada a diversidade das abordagens com que a doutrina alemã da segunda metade do século XIX dispensa ao Estado de Direito, delas é possível colher traços em comum, a exemplo da autolimitação do Estado como forma de conciliar o caráter absoluto da soberania com a submissão do Estado ao Direito, com a liberdade; o reconhecimento e a juridicização das relações entre o Estado e os indivíduos; a possibilidade de distinguir, mediante a ideia da separação dos poderes, o Estado como totalidade, e os diversos órgãos pelos quais ele exerce as suas diversas funções (principalmente a função jurisdicional como garantia fundamental da subordinação do Estado ao Direito por ele estabelecido), sem se afastar da ideia do Estado como titular de um poder soberano.<sup>56</sup>

Todos esses elementos permitem afirmar que as concepções de Jellinek expressava, no modo mais sistemático, a doutrina alemã do Estado de Direito ao final do século XIX, baseada na soberania do Estado, na fundação legislativa (e não constitucional) dos direitos e nos critérios da justiça administrativa. Dessa forma, alguns princípios da tradição liberal, como, por exemplo, a condição pré-estatal dos direitos e o primado da Constituição, acabaram ficando assim completamente perdidos.<sup>57</sup>

Kelsen, por sua vez, afastando-se do subjetivismo e do individualismo extremado que marcaram as concepções acerca do direito subjetivo (teorias da vontade (Windscheidt), do interesse (Jhering) e mista (Jellinek), defende a existência tão somente do direito objetivo, ou seja, do ordenamento jurídico, refutando a ideia da existência de um direito subjetivo. Embora não abandone o raciocínio dicotômico – direito objetivo/subjetivo –, propõe em substituição uma distinção entre direito/dever.

O autor rompe com as ideias da doutrina do direito natural, segundo a qual o direito subjetivo e o dever possuem existências independentes do ordenamento jurídico, tendo em vista que, para essa doutrina, as normas jurídicas se limitam a proteger ou garantir direitos subjetivos considerados lógicos e temporalmente anteriores ao Direito objetivo.<sup>58</sup>

---

<sup>56</sup> GOZZI, Gustavo. Estado de direito e os direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.331-332.

<sup>57</sup> Ibid., p.332.

<sup>58</sup> KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.82-83.

Fundamentando-se numa concepção normativo positivista, Kelsen afirma que aquela situação geralmente designada como sendo o direito de determinado indivíduo não é outra coisa senão um dever dos demais indivíduos. Para o autor, a dicotomia direito objetivo/subjetivo produz a falsa percepção de que existem duas situações jurídicas, quando em realidade isso não ocorre, pois o direito de um indivíduo nada mais é do que o reflexo do dever do outro.<sup>59</sup>

O autor rejeita a ideia de juízos axiológicos e quaisquer outras concepções metafísicas, como os conceitos de soberania do Estado e de pessoa moral, bem como as suposições de direitos naturais, inatos ao homem e que precedessem toda e qualquer ordem jurídica positiva.

Com base nessas premissas, o direito subjetivo visto como poder da vontade atribuída pelo ordenamento jurídico<sup>60</sup> não pode ser concebido como algo independente do direito objetivo, pois é exatamente a norma que outorga aos indivíduos um específico poder ou competência. Segundo Kelsen, “dizer que este indivíduo ‘tem’ um direito subjetivo, isto é, um determinado poder jurídico, significa apenas que uma norma jurídica faz de uma conduta deste indivíduo, por ela determinada, pressuposto de determinadas consequências”.<sup>61</sup>

Da mesma forma, o direito não pode ser entendido como o interesse juridicamente protegido<sup>62</sup>, na maneira em que “o direito subjetivo não pode ser um interesse – protegido pelo Direito – mas apenas a proteção ou tutela deste interesse, por parte do direito objetivo”.<sup>63</sup> Inverte-se a distinção entre direito objetivo/direito subjetivo pela distinção entre direito/dever, pois o que a ordem jurídica estabeleceria seria o dever de não lesar o interesse e não um poder ao sujeito.

A esse poder jurídico específico, que se faz valer mediante uma ação que obrigue ao cumprimento do dever, Kelsen chama de direito subjetivo no sentido técnico específico, e de cuja técnica o direito pode se utilizar ou não; trata-se de apenas uma das conformações possíveis do conteúdo do direito objetivo, limitada a garantia dos interesses individuais privados,

---

<sup>59</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.142.

<sup>60</sup> Neste ponto, Kelsen está se referindo a denominada “teoria da vontade” de Windscheid (ver nota de rodapé 49).

<sup>61</sup> KELSEN, op. cit., p.152.

<sup>62</sup> Kelsen está a se referir à “teoria do interesse”, que surge como negação a consideração da vontade como objeto do direito subjetivo, formulada por Jhering (ver nota de rodapé 50). Esta teoria considera que o elemento substancial definitivo do direito subjetivo estaria na utilidade, na fruição, ganho ou vantagem que proporciona e que o Direito protege: “os direitos são interesses juridicamente protegidos”, isto é, os direitos não existem para realizar a ideia da vontade jurídica abstrata, senão para garantir os interesses da vida, ajudar a suas necessidades e realizar seus fins. Em definitivo, a utilidade se converte na substância dos direitos. Para Jhering “não há querer sem um fim, isto é, o fim constitui o motivo determinante do querer”. (JHERING, Rudolf Von. **Espíritu del Derecho Romano**. 2.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962. p.443-444 - tradução livre).

<sup>63</sup> KELSEN, op. cit., p.149.

sobretudo no âmbito do direito civil, em que é possível que os indivíduos tenham o poder de acionar a função jurisdicional do Estado visando ao estabelecimento de uma sanção específica para àquele que descumpriu o dever.<sup>64</sup>

Ou seja, altera-se a relação de precedência de direito subjetivo a dever para dever a direito subjetivo, a partir da concepção de que a base de tudo é o Direito objetivo, salientando, todavia, que “um direito é mais do que o correlativo de um dever”. De acordo com a teoria kelseniana, o direito subjetivo é o poder jurídico eventualmente<sup>65</sup> concedido pelo Direito objetivo, mediante uma ação, para que o Estado, por meio de sua função jurisdicional, aplique a sanção determinada pelo próprio Direito objetivo àquele que não cumpriu um determinado dever imposto pela norma.<sup>66</sup>

Observa-se que o diferencial do pensamento de Kelsen, reside na forma da visualização da mesma situação de poderes ou faculdades dos indivíduos, que nas suas concepções são dependentes do direito positivo, enquanto na concepção individualista, os indivíduos encontram-se investidos de certos privilégios, certos direitos, que lhes cabem em virtude da natureza humana, do direito natural.

A partir da contextualização e das teorias do direito subjetivo, procurou-se demonstrar que o arraigamento histórico e cultural dos direitos individuais, por muito tempo hegemônico, está ligado, substancialmente, ao individualismo, ao voluntarismo, ao patrimonialismo e à concepção de direito subjetivo da época.

---

<sup>64</sup> Para Kelsen, “a essência do direito subjetivo no sentido técnico específico, direito subjetivo este característico do direito privado, reside, pois, no fato de que a ordem jurídica confere a um indivíduo, não caracterizado como “órgão” da comunidade, designado na teoria tradicional como “pessoa privada” – normalmente ao indivíduo em face do qual um outro é obrigado a uma determinada conduta – o poder jurídico de fazer valer, através de uma ação, o não-cumprimento deste dever, quer dizer, de por em movimento o processo que leva ao estabelecimento da decisão judicial em que se estatui uma sanção concreta como reação contra a violação do dever”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.152).

<sup>65</sup> E não necessariamente, pois, para Kelsen, a essência do Direito está em impor condutas determinadas, por meio do estabelecimento de deveres, e o estabelecimento de direitos no sentido subjetivo é uma opção do Direito objetivo. Nessas condições, segundo o autor: a) podem existir deveres sem direitos “subjetivos”, mas não pode haver direitos “subjetivos” sem deveres dos outros; b) a previsão de direitos subjetivos “é uma função possível, não uma função necessária de um ordenamento jurídico positivo”. (Id.. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986. p.175).

<sup>66</sup> Para Kelsen, “o direito de um é o dever de outro, considerado do ponto de vista daquele frente ao qual está este dever. Fala-se, por isso, de um ‘Direito’ no sentido subjetivo da palavra. Direito no sentido subjetivo pode, por sua vez – no âmbito de uma ordem jurídica –, ter uma significação especificamente técnica. O ‘Direito’ de um não é, pois, mero reflexo do dever de um outro. Este Direito subjetivo só existe, pois, se a sanção que deve ser aplicada pelo órgão aplicador do Direito, especialmente pelo Tribunal, no caso de não-cumprimento de dever, tiver de se realizar apenas a requerimento do sujeito lesado em seu interesse pelo não cumprimento do dever; de modo que a fixação da norma individual, com a qual se ordena a sanção, por uma ação dirigida a tal fim – demanda, queixa –, é solicitada por aquele frente a quem existe – não cumprido – dever. Então esse bem, à sua disposição, o Direito que estatui o dever, o Direito é *seu* Direito”. (Ibid., p.174-175).

Nessa concepção, o Estado do Direito seria aquele que impede o exercício arbitrário do poder, garante o direito público subjetivo do cidadão, e que reconhece, por meio da Constituição, mesmo que de maneira tímida, direitos fundamentais, como a liberdade, ou como observa Norberto Bobbio,

[...] na doutrina liberal, o Estado de direito significa não só subordinação dos poderes públicos de qualquer grau às leis gerais do país, limite que é puramente formal, mas também subordinação das leis ao limite material do reconhecimento de alguns direitos fundamentais considerados constitucionalmente, e, portanto, em linha de princípio invioláveis.<sup>67</sup>

Surgem os denominados “direitos de primeira dimensão” decorrentes da própria condição de indivíduo, de ser humano e que se situam no plano do *ser*, de conteúdo civil e político, e que nessas condições impõe ao Estado um dever de abstenção em face dos indivíduos. Tratam-se das liberdades clássicas, a exemplo da liberdade, da propriedade, segurança, que também recebem a denominação de direitos subjetivos materiais ou substantivos.

Do mesmo modo, paralelamente aos direitos subjetivos materiais, surgem as garantias fundamentais, denominadas direitos subjetivos processuais (formais ou instrumentais), que visam assegurar os direitos substantivos, a exemplo do *habeas corpus*, que tem por objetivo assegurar o direito à liberdade.

### 2.3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES E A LEGALIDADE SEGUNDO AS CONCEPÇÕES LIBERAIS

Em conformidade com o que já foi explanado, o sentido da tripartição dos poderes como elemento do Estado de Direito liberal é indissociável do seu papel de garantia dos direitos fundamentais.

É no movimento revolucionário liberal contra o absolutismo que surge a ideia da separação dos poderes<sup>68</sup>, cuja finalidade é a repartição das funções por órgãos distintos,

---

<sup>67</sup> BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; Coord. Tradução de João Ferreira; Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v.1. p.176.

<sup>68</sup> Montesquieu apresenta teoria com as devidas repartições de funções, mediante a obra “O Espírito das Leis”, na qual prevê a inclusão do Poder Judiciário entre os poderes fundamentais do Estado. Não obstante, não há como se deixar de mencionar que a ideia de tripartição dos poderes já tinha sido objeto de reflexão por Aristóteles em sua obra “A Política”, na qual o autor admitia a existência de três órgãos distintos aos quais cabiam as decisões do Estado, a saber: O poder Deliberativo, o Poder Executivo e o Poder Judiciário.

atribuindo-se um valor jurídico hierarquizado aos diferentes atos estaduais, cuja ideia passa a contar com maior legitimidade em razão do fato que o sistema, assim articulado, possibilita a garantia das liberdades individuais.

As concepções de Montesquieu partem do pressuposto que somente com a desconcentração do poder é possível proteger a liberdade individual dos inevitáveis abusos que o detentor soberano do poder venha a cometer. A liberdade política se torna fundamental, ainda que as leis se configurem como instrumento de poder, pois regem as relações entre governantes e governados. A natureza humana está sujeita a erros, e “todo homem que tem o poder é levado a abusar dele”. Tudo se perderia caso a mesma pessoa ou os mesmos governantes, ou grupo dos governados, exercessem simultaneamente os três poderes: criar leis, executá-las e julgar crimes e litígios dos cidadãos.<sup>69</sup>

A fim de que não ocorram abusos, é imprescindível que o poder contenha a ele próprio e, por isso, a divisão é fundamental. A proposta então reside na distribuição das funções do Estado entre vários titulares, não no sentido de uma separação, mas, como afirma o autor, no sentido de colaboração, implicando as atribuições de ordenar por si mesmo ou de corrigir aquilo que foi ordenado por outro (*faculté de statuer*) e de tornar nula uma resolução tomada por qualquer outro (*faculté de empêcher*).<sup>70</sup>

No entanto, esses poderes eram destinados mais precisamente aos poderes Executivo e Legislativo, considerando o fato de que o Poder Judiciário era, em rigor, um poder nulo, pois os juízes deveriam ter tão pouca iniciativa e personalidade quanto possível e limitar-se a pronunciar as palavras da lei, ou seja, seres inanimados que não lhe podem moderar nem a força nem o vigor.<sup>71</sup> Pode-se até afirmar que, nesse sentido, a Revolução Francesa foi mais absolutista que o antigo regime, na maneira que visivelmente fragilizou o Poder Judiciário.

---

Do mesmo modo, Locke, em sua obra “Segundo Tratado sobre o Governo Civil”, afirma a supremacia do Legislativo sobre os demais poderes, indo mais além ao afirmar que os Poderes, Executivo e o Federativo estariam subordinados ao Legislativo, na maneira que ao primeiro era dada a incumbência de aplicar as leis e ao segundo, muito embora tivesse legitimidade, não poderia ser desvinculado do Executivo, cabendo a ele tão somente cuidar das relações internacionais do governo. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.94-95).

<sup>69</sup> MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Espírito das Leis**. Tradução de Editora Saraiva Jur. Profissionalizante. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Livro XI. Cap. VI.

<sup>70</sup> MONTESQUIEU, loc. cit.

<sup>71</sup> MONTESQUIEU, loc. cit.



Os juízes não tinham qualquer possibilidade de interpretar as leis: podiam fazer uma transcrição literal de seu conteúdo, sem análise de princípios, notadamente os constitucionais.<sup>72</sup>

A intenção de Montesquieu era assegurar uma forma de Estado equilibrado, uma Constituição mista em que os elementos monárquico, aristocrático e democrático se balanceassem<sup>73</sup>, de maneira a restaurar o pluralismo da sociedade organizada por estados, cuja harmonia havia sido rompida com a concentração de poderes levada a cabo pelo despotismo. Por outro lado, a separação dos poderes de Montesquieu se apresentou formalmente como uma especialização orgânico-funcional integrado num processo de limitação jurídica do poder.

Portanto, a teoria da tripartição dos poderes apresentou-se não só como uma forma de especialização jurídico-funcional do Estado, mas também conjugou o ideal político, para a época, de assegurar o equilíbrio das diversas forças sociais que tinham pretensão de monopolizar o Estado.

Indiferente os interesses subjacentes de uma aristocracia (mal situada entre a ascensão da ordem burguesa e o poder real) o que de fato importa aos fins desta pesquisa é resgatar o sentido prático do sistema centrado na separação dos poderes implantado pelo Estado liberal do século XIX. Para tanto, dois princípios são fundamentais para a compreensão da natureza da separação dos poderes, como técnica de organização do Estado que visa assegurar as liberdades individuais, e que possibilitaram avançar o sistema de controle dos atos do Poder Executivo: a) o império da lei; e b) o princípio da legalidade.

Referidos princípios representam, no aspecto jurídico, duas fases da luta pelo poder; a primeira, representada pela atribuição do poder de legislar ao Parlamento, possibilitando assim à burguesia um grande apoio na luta por posições contra o Executivo; e, a segunda, representada pela possibilidade de se controlar a atividade administrativa do Estado, mediante o princípio da legalidade, como passa a demonstrar.

---

<sup>72</sup> Trata-se de uma desconfiança do Judiciário, constatada por Pietro Costa: “Quanto ao poder judiciário tanto nas declarações dos direitos como nos textos constitucionais da França revolucionária, tinha sido objeto de prescrições exclusivamente negativas: os juízes não deviam se intrometer no exercício do poder legislativo e não tinham nenhum poder de suspender a execução das leis. Essa desconfiança que era a consequência do papel desempenhado pelos magistrados no antigo regime fazia do equilíbrio constitucional francês algo profundamente diferente da Inglaterra e dos Estados Unidos”. (COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.25).

<sup>73</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântica, 1965. p.149.

### 2.3.1 O império da lei

O entendimento da lei, recepcionado pela Revolução Francesa e que iria constituir o fundamento da supremacia da lei, e das bases da separação de poderes consagrados pelo Estado de Direito liberal, expressava a vontade geral e racional do povo soberano, ao mesmo tempo em que a sua generalidade e abstração expressariam a segurança e previsibilidade requeridas pela autorregulação do mercado.

A possibilidade de participação dos indivíduos (por meio do Parlamento) na produção da vontade geral solucionava a questão da igualdade tão almejada pelos indivíduos, e ao mesmo tempo solucionava o impasse quanto à questão de justiça, pois, partindo do pressuposto de que todos participaram do processo legislativo, presume-se que ninguém seria injusto para consigo mesmo. Por outro lado, e a partir do momento em que todos os indivíduos obedecem a uma única vontade geral e racional, reduz-se consideravelmente o problema de dependência e da sujeição ao arbítrio. Daí que “a liberdade estivesse em obedecer às leis e não aos homens, que a democracia e a liberdade se identificassem com a exclusiva soberania da lei”.<sup>74</sup>

Mediante essa concepção de lei como moldura formal de garantia das liberdades e da segurança da propriedade, o Estado de Direito liberal realizou-se como “Estado racional”, “o domínio das leis”, em que pela representação popular garantia-se a realização de justiça própria do livre encontro das autonomias individuais, e o caráter de generalidade e abstração das leis asseguravam a segurança e a previsibilidade econômicas.<sup>75</sup>

Consagra-se, portanto, em nível político, a soberania do Parlamento (como representante da vontade racional do povo soberano e que se expressa de maneira geral e abstrata) permitindo, dessa forma, que a burguesia passe a controlar de vez a política e o aparelho estatal.

Com essa forma de separação dos poderes condicionada a uma concepção de poderes submetidos à supremacia da lei e, conseqüentemente, à soberania do Parlamento, foi possível instituir um sistema que, por meio da lei, exprimisse os interesses da burguesia; um instrumento que não pretende preocupar-se com os interesses particulares, nem mesmo com a sua soma, mas tão somente com o direito justo. E, por fim, atendendo aos objetivos da época, o sistema

---

<sup>74</sup> NEVES, Antonio Castanheira. **A Revolução e o direito**: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976. p.224.

<sup>75</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.89.

possibilitou à burguesia a satisfação “do seu desejo de certeza ou daquela garantia de calculabilidade que Max Weber apontava como sentimento constante em todas as burguesias”.<sup>76</sup>

### 2.3.2 O princípio da legalidade

O *Estado legislativo* decorrente da concepção da separação dos poderes vinculada pelo reconhecimento do império da lei pressupõe a distinção entre a lei e sua execução concreta, bem como a soberania da função legislativa, o que reflete a subordinação do Executivo e a vinculação do Poder Judiciário aos comandos legais. Com efeito, no Estado de Direito liberal, a legalidade e a segurança figuravam no primeiro plano, exigindo um funcionamento previsível e imparcial das cortes e dos tribunais, cuja atividade era limitada à transcrição literal do conteúdo da lei emitida pelo Parlamento, como forma de garantir independência.<sup>77</sup>

Já a garantia dos direitos individuais e a eliminação do arbítrio, como objetivos do Estado de Direito liberal, encontravam-se centradas na relação que se estabelecia entre o Parlamento e o Poder Executivo. Ao Parlamento era atribuído o poder de limitação ou garantia dos direitos exclusivamente na forma da lei e, dessa forma, para afastar o arbítrio no âmbito das relações que se estabeleciam entre os poderes, bastaria tão somente a subordinação da Administração à lei.

Está aqui a se referir a uma subordinação da Administração à lei no sentido de assegurar que os direitos individuais, caracterizados na liberdade e na propriedade, seriam blindados das interferências arbitrárias e imprevistas da Administração, e não à subordinação em termos de responsabilidade política, mesmo porque para as concepções liberais, em termos de execução de políticas públicas, pouco ou quase nenhum espaço era dado à Administração interferir.

Diferentemente do Estado de Polícia, em que o soberano dispunha de ampla margem de liberdade para interferir na esfera dos direitos individuais, a vinculação da Administração à legalidade, na forma do Estado Liberal de Direito, traduz-se no estabelecimento de competências jurídicas, nos exatos termos estabelecidos pelo Parlamento, e não por imprevistas e arbitrárias determinações do soberano, a exemplo do que ocorria no Estado absoluto, bem como pelo

---

<sup>76</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântica, 1965. p.57.

<sup>77</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.91

fato de que os direitos dos indivíduos, também assegurados juridicamente, apresentam-se como limites externos à atividade Administrativa.<sup>78</sup>

Essa vinculação da Administração à lei durante o período do Estado de Direito Liberal apresentou-se sob dois sentidos. Num primeiro momento, a vinculação da Administração Pública se restringia a uma obrigação de não violar a lei e atuar dentro dos seus limites, de onde se conclui que, no interior desses limites da lei existiam espaços em que o administrador poderia atuar livremente, não necessitando de previsão legal, formando a chamada zona de atuação discricionária.<sup>79</sup>

O que se observa em realidade é que a legalidade foi erigida como limite muito mais no plano discursivo do que efetivo (considerando os diversos atos fora da normatização e resolvidos no âmbito interno da Administração), eis que prevalecia a máxima de que “julgar a Administração seria administrar”.<sup>80</sup>

É justamente nesses espaços de livre atuação da Administração que passa a residir uma nova preocupação dos liberais, qual seja, o receio de atuações arbitrárias e contrárias ao direito individual. A simples exigência de abstenção do Estado não dá conta de solucionar o impasse, exigindo, portanto, uma ampliação do entendimento do princípio da legalidade, e que mais tarde vai concretizar-se no *princípio da reserva da lei*.

A partir de então, não mais é suficiente que os atos da Administração não violem a lei e os direitos subjetivos que esta consagrava, mas exige-se que certos bens e interesses, a exemplo da liberdade e a propriedade individual, só possam ser regulados por lei ou com base em uma lei. Num segundo momento, portanto, a reserva da lei surge como princípio geral de defesa da liberdade e propriedades individuais, regulando toda a atividade da Administração, que passa a ser exercida dentro desses limites (regulamentos ou simples atos administrativos), “a encontrar um fundamento específico num acto legislativo emanado do Parlamento, pelo que, além de limite à actividade administrativa, a lei passa a ser também seu fundamento necessário”.<sup>81</sup>

---

<sup>78</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.93.

<sup>79</sup> Ou como afirma Jorge Reis Novais, “Nesta fase, o princípio da legalidade – entendido como preferência ou prevalência da lei – postulava-se essencialmente a impossibilidade de condutas *contra legem* por parte da Administração, cuja atividade podia, assim, ser decomposta numa área de ‘administração contenciosa’ (em que a violação da lei era proibida e judicialmente sancionável), e de ‘administração pura’ (em que, respeitando as barreiras da lei, a Administração actuava livremente)”. (Ibid., p.94-95).

<sup>80</sup> Ibid., p.95.

<sup>81</sup> Ibid., p.95-96.

Dessa forma, a atividade administrativa que antes era exercida num âmbito de livre autonomia da Administração, somente será considerada legítima enquanto não se situar no âmbito da liberdade e da propriedade, devido ao princípio da reserva da lei. Evidentemente que as preocupações em delimitar cada vez mais o livre atuar da administração não cessaram com o tempo, sendo que hodiernamente toda e qualquer atividade administrativa pressupõe a existência de um fundamento legal, o chamado *princípio da reserva total da lei*, segundo o qual toda a atividade administrativa, independentemente da natureza de que se reveste ou da área em que se verifique, deve estar respaldada em um fundamento legal.<sup>82</sup>

Nesse evoluir do princípio da legalidade do Estado de Direito liberal, observa-se inicialmente a existência de um âmbito de livre atuação administrativa, que posteriormente passa a ser reduzido, limitando-se a atividade administrativa aos interstícios, nos espaços mortos entre os círculos da atividade legislativa efetiva ou virtual, entre as matérias legisladas ou reservadas à lei.<sup>83</sup>

Pode-se afirmar que o princípio da legalidade consistia uma insurreição voltada contra as arbitrariedades do monarca absoluto, visando superar o “governo dos homens” e passar para o “governo das leis”. Nessa concepção, a lei deveria ser abstrata, impessoal e estável, de maneira a possibilitar segurança e previsibilidade para o desenvolvimento das liberdades da classe burguesa. Somente na soberania da lei o homem seria independente do homem, tornando possível a materialização do princípio segundo o qual todos são iguais perante o direito.

Essas concepções têm como pano de fundo o pensamento de Jean Jaques Rosseau da vontade geral, fundamentando o próprio contrato social e ao mesmo tempo justificando a soberania como o exercício da vontade geral do corpo coletivo, possibilitando, assim, que esta categoria abstrata resolvesse o problema da legitimidade da lei.

Segundo o autor, o homem nasce livre e, para que possa viabilizar sua sobrevivência em sociedade, é imprescindível a associação com outros homens, por meio de um *pacto social*, o qual deve estabelecer que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a direção suprema da vontade geral, e recebemos, enquanto corpo, cada membro como parte indivisível do todo”. Para o autor, “em lugar da pessoa particular de cada contratante, um corpo moral e coletivo, composto de tantos membros quantos são os votos da assembléia, e que, por esse mesmo ato, ganha unidade, seu eu comum, sua vida e sua

---

<sup>82</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.291-292.

<sup>83</sup> SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântica, 1965. p.75.

vontade”.<sup>84</sup> Essa pessoa pública que menciona o autor é o Estado, o único capaz, por representar a vontade geral, de garantir a consecução do bem comum. E conclui afirmando, nesse sentido, que a lei é justamente o instrumento de manifestação dessa vontade geral.<sup>85</sup>

É somente a partir da vontade geral da sociedade, expressada na forma da lei, que se pode cogitar em restringir as liberdades individuais. Os indivíduos, ao se sujeitarem a cumprir a lei, estarão obedecendo a si mesmo, deixando de subjugar-se a uma vontade particular. Essa sujeição dos indivíduos à lei decorre da percepção de sua legitimidade, derivada de sua característica de generalidade, ou como menciona Manuel Calvo Garcia, a primazia da lei como fonte do direito é consequência da equiparação de legalidade e legitimidade.<sup>86</sup>

Mas não bastasse a lei representar a vontade geral, expressando a vontade de todos os indivíduos do corpo social, a regra seria a liberdade, e a restrição a exceção, de maneira que a Administração obrigatoriamente estaria sujeita aos ditames legais, ou como bem observado por António Francisco de Sousa, “compete à Administração a execução das leis. Daqui resulta uma subordinação definitiva da Administração à lei, ou seja, a consagração definitiva – de imediato aceite nos demais países europeus – do princípio da legalidade da Administração”.<sup>87</sup>

Dessa forma, a submissão legal dos agentes públicos da Administração à lei decorre da previsão de um sistema de controle e responsabilidade, pelo qual se atribui à função jurisdicional o dever de garantir aos indivíduos a defesa contra os atos de violação aos direitos individuais.

Não há como se desconsiderar o avanço que a legalidade proporcionou em termos de garantias da sociedade em relação ao Estado, considerada a realidade econômica, social e política da época. No entanto, essas concepções clássicas da legalidade continuam a influenciar o pensar e o agir dos agentes públicos, sejam eles da Administração Pública ou do Judiciário, dificultando sobremaneira outras perspectivas em matéria de controle da atividade administrativa.

Com efeito, em decorrência do fato de que a legalidade construída no Estado de Direito liberal está atrelada ao formalismo, consagrou-se no Judiciário e em especial no âmbito da Administração Pública, o entendimento de que os agentes públicos (por estarem vinculados aos termos da lei) exercem suas atividades com neutralidade política, o que implica a legitimidade de suas condutas. Essa concepção decorre do princípio doutrinário da presunção de legitimidade

---

<sup>84</sup> ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999. Livro I, Cap. I. p.71.

<sup>85</sup> ROUSSEAU, loc. cit.

<sup>86</sup> GARCIA, Manuel Calvo. **Los Fundamentos del Método Jurídico**: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994. p.32.

<sup>87</sup> SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.160.

dos atos estatais, que se apresenta como atributo do ato administrativo. Não bastasse isso, a ideia ainda presente é de que os atos editados pela Administração Pública são racionais, porquanto decorrem de um processo de dedutivo de realização abstrata da lei.

Esse comportamento reflete nitidamente o pensamento exegético do Direito Administrativo e dos sistemas de controle próprios das concepções jurídicas e políticas da época, ou seja, exatidão, plenitude, coerência generalidade e caráter atemporal da lei<sup>88</sup>, ou seja, uma concepção de controle da atividade administrativa, exercido como atividade preocupada exclusivamente com as correlações que possam ser construídas a partir do texto da lei, levando em conta tão somente as características gerais e unívocas dos fatos.

Não bastasse isso, essa concepção de legalidade como lei dotada de abstração e generalidade exclui de pronto qualquer outro aspecto substancial que ultrapasse tal racionalidade formal, em relação aos elementos que ingressavam no próprio processo de interpretação da época.<sup>89</sup>

## 2.4 O CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO E A REVISÃO DOS ATOS DA ADMINISTRAÇÃO

Para concluir o presente tópico, necessário se faz a abordagem de questão crucial no que se refere à vinculação da Administração à lei, imbricada diretamente com separação dos poderes, que são os mecanismos institucionais do Estado de Direito liberal, para a garantia desta subordinação da Administração às normas editadas pelo Parlamento com vistas à defesa dos direitos subjetivos dos cidadãos.

A importância desse retrospecto dos sistemas de controle da Administração adotados no Estado revolucionário para o presente trabalho reside no fato de que durante muitos anos vigorou, e ainda vigora no direito brasileiro, o entendimento da impossibilidade da revisão judicial dos atos da Administração Pública, fundado nas concepções de discricionariedade administrativa<sup>90</sup>, legalidade e separação dos poderes, próprias do Estado de Direito.

---

<sup>88</sup> GARCIA, Manuel Calvo. **Los Fundamentos del Método Jurídico**: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994. p.88.

<sup>89</sup> Ibid., p.90.

<sup>90</sup> Aliás, esse posicionamento ainda se mantém na doutrina e na jurisprudência, citando como exemplo: GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p.99. No mesmo sentido: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.607.

Em decorrência dessas concepções ainda presentes no imaginário jurídico, a conduta dos agentes da Administração não raro se revela omissa ou arbitrária, e quando instado a corrigi-las, o Judiciário, com essas mesmas concepções, tem se manifestado timidamente e até mesmo sem critérios.

Embora o Brasil tenha adotado o sistema uno de jurisdição, em matéria de controle da Administração Pública ainda se faz presente em âmbito nacional, uma forma de interpretação do princípio da separação dos poderes e que orientou o modelo francês de dualidade da jurisdição.

Pois bem, até o momento em que se reconhece a existência de relações de caráter público entre a Administração e os indivíduos, com a atribuição de direitos e deveres tanto aos particulares como ao Estado (o que só se consagra com a teoria dos direitos subjetivos públicos)<sup>91</sup>, a tutela jurisdicional dessas relações realizava-se parcialmente perante a figura do Fisco<sup>92</sup>, e unicamente no âmbito do direito privado.

Dessa forma, a garantia de que a atividade administrativa se daria em compatibilidade com os limites previamente determinados por lei, somente viria a ocorrer, mesmo que de forma tímida, com a institucionalização das garantias dos indivíduos contra a Administração, ou seja, somente com o regime do contencioso administrativo tornou-se possível concretizar os objetivos em que se assentava o reconhecimento e a atribuição dos direitos subjetivos públicos.

Não há como se desconhecer que, num primeiro momento, os revolucionários não viam com bons olhos a atividade jurisdicional, tanto que, nos anos iniciais pós-revolução, a divisão de poderes era concebida como separação de poderes, com o claro intuito de impedir os juízes de interferirem nas atividades de outros poderes, em especial na atividade administrativa, dado o receio de que isso poderia prejudicar as causas e os interesses burgueses.

No entanto, diante das exigências sociais no sentido de uma maior efetividade na defesa estatal dos direitos dos administrados, o Estado Administrador traz para o seu âmbito o julgamento dos conflitos envolvendo os particulares, nos quais se questionava a legalidade de seus próprios atos, inicialmente mediante os recursos hierárquicos, mais adiante por meio dos tribunais administrativos.

---

<sup>91</sup> Ver subitem 1.3.

<sup>92</sup> Os particulares não possuíam qualquer instrumento que lhes permitisse a defesa dos direitos individuais perante o Estado, mesmo porque o Estado se encontrava situado à margem do direito e, portanto, fora do controle jurisdicional. No entanto, para a solução de conflitos existentes entre o Estado e os particulares, em razão de eventuais prejuízos que estes viessem a sofrer em vista da atividade típica de polícia do Estado, criou-se a doutrina do fisco, pela qual o Estado apresentava-se como outra pessoa moral de direito privado, e, nessas condições, “seria capaz de entrar em comércio jurídico com os particulares, de se obrigar contratual e extracontratualmente, de ter capacidade judiciária activa e passiva – o Fisco”. (SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântica, 1965. p.75).



Esse sistema do contencioso administrativo, elaborado inicialmente como um controle interno da Administração, foi particularmente adotado na França<sup>93</sup>, em razão de uma concepção própria acerca do pensamento de Montesquieu, construída sobre a ideia de tripartição total dos poderes, em que não haveria o monopólio da função jurisdicional pelo Poder Judiciário, ou seja, caberia a cada um dos poderes exercer as três funções.

Portanto, o sistema encontrado pelos franceses para o controle dos atos da Administração foi o da jurisdição administrativa, encetado sob a distinção do “poder gracioso” em relação ao “poder contencioso”, o que servia para firmar as competências dos Tribunais Administrativos. As matérias contenciosas sujeitavam-se ao controle, e aquelas do “poder gracioso”, a exemplo das atividades de polícia administrativa (*jus politae*), não poderiam ser sindicadas judicialmente.<sup>94</sup>

A jurisdição administrativa foi instituída pela primeira vez, por meio da Lei n.º 16, de 24/08/1790, que dispunha que as funções judiciais são distintas e permanecerão separadas das funções administrativas, e que não poderiam os juízes, pena de prevaricação, perturbar, de qualquer maneira, as atividades dos corpos administrativos, ou seja, havia proibição expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As insurreições com conteúdo administrativo não poderiam de maneira alguma ser encaminhadas aos tribunais, mas sim ao rei, na qualidade de chefe da Administração geral.

Esse modelo foi reafirmado na Constituição de 03/09/1791, quando se declarou no capítulo V, artigo 3.º que “Os tribunais não podem intrometer-se no exercício do poder legislativo ou suspender a execução das leis, nem intervir nas funções administrativas ou chamar para comparecer em juízo os administradores por razões (inerentes) às suas funções”.

Nessas condições, o controle dos atos da Administração é exercido inicialmente pelo administrador-juiz, ou seja, os atos da Administração Pública eram revisados ou julgados pelo próprio agente público que editou o ato cuja legalidade é questionada, ou pelos seus superiores hierárquicos. Esse sistema, embora de curta duração, foi elemento fundamental para que se passasse a admitir o controle da Administração no novo regime.

Embora os preceitos constitucionais já mencionados tenham sido de extrema relevância em matéria de controle dos atos da Administração, é somente com a sua regulamentação por

---

<sup>93</sup> Os demais países que adotaram a ideia de tripartição dos poderes optaram por colocar em prática o entendimento de influência e controle mútuos, ou seja, o sistema de jurisdição única, em decorrência da compreensão de que se faz necessária a existência da independência das funções estatais, como foi o caso da Inglaterra, Estados Unidos, Brasil, México, dentre outros. Na Bélgica e na Itália, embora adotem o modelo de jurisdição una, foram criados os Tribunais Administrativos dentro da própria estrutura do Poder Judiciário.

<sup>94</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discrecionariiedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.87-88.

meio da Lei 28 pluvioso do ano VIII é que o sistema do contencioso administrativo iria se afirmar definitivamente. Referida lei estabeleceu e organizou dois órgãos administrativos que passariam a ser responsáveis por analisar as eventuais impugnações aos atos da Administração. Esses dois órgãos administrativos seriam o *Conselho de Estado*, com competência para apreciar os atos das autoridades centrais da Administração, e os *Conselhos de Prefeituras*, para apreciar os atos editados pelos agentes dos departamentos ou províncias, e que também possuíam a prerrogativa de controlar os atos dos municípios. As decisões dos Conselhos de Prefeituras poderiam ser objeto de insurreição perante o Conselho de Estado, o qual, nessas condições, assegurava a unidade do sistema de controle geral da legalidade de todos os atos da Administração.<sup>95</sup>

Dessa forma, a competência do Conselho de Estado francês era meramente consultiva e recursal das decisões proferidas pelos órgãos administrativos de primeira instância. Portanto, o Conselho limitava-se a sugerir a decisão a ser tomada pelo Chefe de Estado, que, no entanto, em grande maioria das vezes, limitava-se a homologar a decisão do colegiado.

Excetuavam-se da competência do Conselho os litígios decorrentes das atividades públicas com caráter privado, que abrangem questões de Estado, capacidade das pessoas, repressão penal e litígios envolvendo a propriedade privada. É de se mencionar que essa função jurisdicional administrativa não seria executada por juízes que tivessem a mesma formação dos juízes afetos à jurisdição comum, mas sim por ministros-juízes escolhidos pelo Governo, dentre aquelas pessoas que estivessem devidamente inscritas em lista nacional.

Enfim, quanto à competência do Conselho de Estado, esta foi sendo gradualmente construída a partir das suas próprias decisões, sendo que num primeiro momento ela se fixou pelo critério da presença do Estado em um dos polos da relação conflitante ou simplesmente pela simples probabilidade de sua condenação, cujos critérios, por si, excluía a possibilidade de apreciação do conflito por parte do Poder Judiciário.

Posteriormente, e em razão da revogação do artigo 3.º do capítulo V, título III, da Constituição francesa de 1791, passou-se a admitir a responsabilização direta dos agentes públicos no exercício das funções estatais, quando então inicia a teoria da responsabilização pela falta pessoal ou do serviço<sup>96</sup>, e ao mesmo tempo flexibilizou-se a concepção de que nem a Administração ou seus agentes poderiam ser responsabilizados pelo Poder Judiciário.

---

<sup>95</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Tradução de Fabio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p.26-27.

<sup>96</sup> Trata-se o caso de paradigma da responsabilização da Administração Pública pela falta ou má-prestação do serviço com a decisão proferida pelo Conselho de Estado no julgamento do famoso caso BLANCO. Nesse caso, a menor Agnes Blanco foi atropelada por um veículo pertencente à empresa estatal de manufatura de

Esse sistema do contencioso administrativo constituiu-se em elemento fundamental na compreensão do Direito Administrativo, pois foi com a jurisprudência do Conselho de Estado e com as bases da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão que se tornou possível delimitar as bases do princípio da legalidade como limite para a atuação dos agentes da Administração Pública.<sup>97</sup>

Com efeito, a teoria do *desvio de finalidade*<sup>98</sup> tem origem na jurisprudência do Conselho de Estado francês, no âmbito do sistema do contencioso administrativo, da jurisdição administrativa ou da dualidade da jurisdição, no qual os conflitos que envolvessem atos do Estado Administração estariam na alçada de uma justiça específica, de maneira a possibilitar a separação das autoridades administrativas das judiciárias.

Nesse sentido, como forma de evitar que os agentes da Administração se valessem de suas competências para editar atos visando à satisfação de interesses próprios, o Conselho de Estado francês apresenta como solução a referida teoria, como forma de controlar e anular os atos dos agentes estatais que se revestissem de quaisquer vícios.<sup>99</sup>

---

tabaco. A ação de responsabilidade civil foi proposta contra o Estado perante o Tribunal de Justiça. Por ser o Estado parte da relação processual, surge o conflito de competência entre a jurisdição administrativa e a jurisdicional, tendo o Tribunal de Conflitos decidido por maioria (5x4) que quem era competente para julgar o conflito era o Conselho de Estado, ou seja, a jurisdição administrativa, que em julgamento do mérito concedeu pensão mensal vitalícia à vítima. Na verdade, no caso Blanco o Tribunal de Conflitos nada mais fez do que reafirmar e consagrar os fundamentos anteriormente adotados pelo Conselho de Estado no caso Rothschild, de 6 de dezembro de 1855. Mas foi a partir do caso Blanco que essa jurisprudência se manteve firmemente no Conselho de Estado e na Corte de Cassação.

<sup>97</sup> A partir das decisões do Conselho de Estado, surgiram escolas doutrinárias como a Escola do Serviço Público capitaneada por Duguit, entre outras, que buscavam definir qual o melhor critério para a delimitação da competência do Conselho de Estado. (BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. Instituto da jurisdição administrativa francesa e o sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.22, n.91, p.54, jul./set. 1989).

<sup>98</sup> A teoria do desvio de finalidade se apresenta como elemento fundamental para a redução da discricionariedade administrativa e, conseqüentemente a ampliação do controle jurisdicional. A finalidade, como requisito indispensável ao ato administrativo, impõe que a Administração Pública, na edição de seus atos e no desenvolvimento de suas atividades, tenha como norte a garantia dos direitos fundamentais.

<sup>99</sup> Segundo Cretella Júnior, o caso “Lesbats” trata-se do leading-case do direito administrativo francês em matéria de desvio de poder. O Conselho de Estado, em data de 25 de fevereiro de 1864, analisou e julgou a seguinte conduta: “O prefeito da cidade francesa de Fontainebleau proibira que certo motorista estacionasse o ônibus no pátio interno da estação daquela cidade do interior da França. A proibição baseava-se no intuito de assegurar o cumprimento de contrato celebrado entre a empresa ferroviária e outro proprietário de ônibus, pelo qual só este último teria direito de estacionamento e desembarque. Existia texto da lei anterior, promulgada em 15 de novembro de 1846, que conferia à autoridade poderes para regular o estacionamento e circulação de veículos, mas o Conselho de Estado francês anulou a decisão do Prefeito, porque este não podia exercer seus poderes de polícia para fins estranhos aos da manutenção de ordem e organização do trânsito”. (CRETILLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997. p.121). Toma-se evidente, nesse caso, que a conduta do prefeito, que a pretexto de regular a circulação e o estacionamento de veículos em determinada cidade, e assim possibilitar a melhor utilização dos espaços públicos, utilizou-se de suas competências para praticar ato visando assegurar o monopólio dos transportes de determinada empresa privada, o que caracterizou o desvio de poder. O Conselho de Estado Francês, com base na teoria do desvio de poder, anulou o ato do prefeito, cuja solução resultou na fixação de jurisprudência no âmbito do órgão, no

A teoria do desvio de poder decorre das competências administrativas, mediante o reconhecimento de que a não observância da finalidade contida na norma caracteriza um vício de legalidade.<sup>100</sup> Mesmo que a norma que atribui a competência ao agente público não contenha referência expressa à finalidade pública, deverá o agente, como elemento indispensável à manifestação da vontade do Estado, orientar seus atos no sentido de alcançar tal desiderato.

É, portanto, na análise dos casos em concreto por parte do Conselho de Estado francês que surge a teoria do desvio de finalidade (excesso ou abuso de poder), sendo que com o passar do tempo a sua jurisprudência acaba por estabelecer os contornos para o reconhecimento de circunstâncias em que se fazem presentes situações de desvio, bem como por estabelecer as consequências que deveriam decorrer dessas constatações, tornando possível limitar e controlar mais intensamente os atos da Administração Pública.

Assim, é possível afirmar que o direito administrativo teve sua origem na França, em razão da criação da jurisdição administrativa, que atuava e atua paralelamente à jurisdição comum. Foi a partir das decisões dos órgãos de jurisdição administrativa, especialmente de seu maior órgão, o Conselho de Estado, que se desenvolveram vários princípios do Direito administrativo como, por exemplo, o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, a teoria da nulidade dos atos administrativos, e que foram agregados ao regime jurídico de diversos países.

No Brasil, embora inspirado pelo direito francês, o Direito Administrativo desenvolveu-se de maneira diversa, visto que não foi vinculado à existência de uma justiça administrativa independente. O Conselho de Estado (que foi criado pela Constituição de 1824, extinto em 1934 e, posteriormente, reinstalado em 1841, para definitivamente ser extinto em 1889) tinha apenas como função a de assessorar o imperador em assuntos graves e medidas gerais, e mesmo que constasse de previsão legal (Lei n.º 234, de 23 de novembro de 1841, art. 7.º item 4.º), o Conselho de Estado não manteve tradição de atuação jurisdicional.

Portanto, o direito administrativo brasileiro sofreu, ao menos nessa fase, influência do direito norte-americano, especificamente no que se refere ao sistema de unidade de jurisdição e à necessidade de submissão da Administração Pública ao controle pelo Poder Judiciário. Já no que diz respeito às teorias administrativistas e aos princípios, resta evidente a influência do

---

sentido de que o recurso por excesso de poder tem cabimento nas situações em que o administrador, no exercício das suas atribuições, pratique atos contrários aos fins públicos estabelecidos expressa ou implicitamente na regra de competência.

<sup>100</sup> TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.83-84.

direito francês criado a partir da jurisdição administrativa e de suas decisões aos casos em concreto, nas quais lentamente se foram derogando institutos do direito privado até então aplicados à disciplina da Administração, possibilitando assim o surgimento de um regime jurídico próprio que acabou por dar autonomia ao direito administrativo.

## 2.5 O REGIME JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO LIBERAL

Como antes explanado, as primeiras concepções acerca do *Estado de Direito* tiveram cunho nitidamente liberal, e foram assentadas na ideia de assegurar as liberdades individuais, como forma de blindar os indivíduos em face das arbitrariedades do Poder Estatal.

Esse modelo de Estado, de caráter nitidamente abstencionista, tinha como pressuposto o fato de que somente com o distanciamento do Poder Público da vida social e econômica dos indivíduos<sup>101</sup> seria possível assegurar a independência da sociedade em face do Estado, e em consequência, tornar possível a garantia dos direitos fundamentais de primeira dimensão, consubstanciados na liberdade, na igualdade e na propriedade.

Para a consagração desses objetivos, condição necessária era a subsunção da atuação administrativa à lei, em decorrência do princípio da legalidade, que se apresenta como instrumento de limitação externa do atuar da administração de maneira a preservar os direitos individuais.

No entanto, o princípio da legalidade característico da época era compreendido de forma mais liberal, considerando o fato de que a Administração Pública poderia fazer tudo o que a lei de forma expressa determinava, bem como tudo aquilo que a lei não proibia, ou seja, caberia à Administração única e exclusivamente concretizar o conteúdo da lei. Mas ao mesmo tempo, existiam atividades que eram exercidas pela Administração que estavam completamente desvinculadas do conteúdo normativo, ou seja, existiam setores considerados juridicamente

---

<sup>101</sup> Segundo Novais, “toda caracterização liberal do Estado de Direito se funda, em última análise, numa mundividência construída em torno do pressuposto duma ideal separação entre Estado e a Sociedade ou, mais especificamente, naquilo que se pode designar como a ideologia das três separações: a) separação entre política e economia, segundo a qual o Estado deve se limitar a garantir a segurança e a propriedade dos cidadãos, deixando a vida econômica entregue a uma dinâmica de auto-regulação pelo mercado; b) separação entre o Estado e a moral, segundo a qual a moralidade não é assunto que possa ser resolvido pela coação externa ou assumido pelo Estado, mas apenas pela consciência autônoma do indivíduo; c) separação entre o Estado e a sociedade civil, segundo a qual esta última é o local em que coexistem as esferas morais e econômicas dos indivíduos, relativamente às quais o Estado é mera referência comum, tendo como única tarefa a garantia de uma paz social que permita o desenvolvimento da sociedade civil segundo suas próprias regras”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.51-52).

irrelevantes em que a Administração atuava livremente, sem necessidade de fundamento legal, e que, dessa maneira, não estavam sujeitas ao controle jurisdicional.<sup>102</sup>

É justamente nesses espaços de atuação livre que reside a discricionariedade administrativa, pela qual a Administração pode usar de sua autonomia em todos os pontos em que a lei não regulou a sua atuação. Estreitamente ligada à concepção de legalidade como vinculação negativa à Administração, a discricionariedade administrativa surgiu como um espaço de atuação administrativa livre de vinculação à lei e de controle jurisdicional. A discricionariedade encerrava um âmbito de atuar conferido ao administrador público, não abrangido pelas limitações de lei, embora por ela legitimado.

No Estado de Polícia, a expressão *discricionariedade* não foi utilizada para legitimar qualquer conduta do soberano em sua atuação administrativa, aliás, sequer havia qualquer distinção entre vinculação e discricionariedade, pois toda a atividade era fundada em uma liberdade absoluta do Estado.<sup>103</sup>

Para as concepções da época, o soberano era detentor de poderes ilimitados, cuja legitimidade decorria dos poderes da divindade como fontes transcendentais de elaboração das normas. Dessa forma, atribuindo-se a terminologia *discricionariedade* à ideia de liberdade, esta abrangeria toda e qualquer atividade administrativa.

Essa mesma concepção de discricionariedade como liberdade também se fará presente nas mudanças do modelo estatal (absolutista ao liberal), só que com maior amplitude, pois, tratando-se de poder político, este não era limitado pelo legislador muito menos controlado pelo Poder Judiciário. Tanto que com a adoção do contencioso administrativo do Conselho de Estado francês, a noção de discricionariedade se amplia em razão da interpretação rígida que se deu ao princípio da separação dos poderes.

Nos termos desse sistema administrativo de controle, diferentemente dos demais países que adotaram o sistema de jurisdição una, os atos da Administração Pública somente seriam passíveis de controle por um órgão contencioso existente na sua própria estrutura, ou seja, o sistema de autocontrole, que dará origem ao princípio da autotutela administrativa.

<sup>102</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.98.

<sup>103</sup> Conforme observa Gustavo Binenbojm, “A origem da palavra discricionariedade remonta ao antigo Estado europeu dos séculos XVI a XVIII, quando expressava a soberania decisória do monarca absoluto (*voluntas regis suprema lex*). Naquela época, do chamado Estado de Polícia, em que o governo confundia-se integralmente com a Administração Pública, a sinonímia entre discricionariedade e arbitrariedade era total. Com efeito, se a vontade do soberano era a lei suprema, não fazia sentido cogitar de qualquer limite externo a ela”. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.196).

Assim, a discricionariedade como espaço de livre atuação é mencionada para legitimar a conduta da Administração é característica do Estado liberal, pois a legalidade compreendida como forma de vincular a atuação da Administração Pública à lei incidia, apenas, sobre um restrito rol de atividades administrativas que se encontravam à margem do que estabelecia a lei, o que lhe permitia uma atuação livre.<sup>104</sup>

Posteriormente, com doutrina da dupla personalidade do Estado, a discricionariedade administrativa passa a ser limitada, pois, nos termos desta teoria, haveria distinção entre *politia* e *justitia*, e somente as matérias de polícia administrativa (também denominadas matérias não contenciosas ou de matérias graciosas) não estariam sujeitas às limitações decorrentes da lei e, consequentemente, escapavam ao controle do Poder Judiciário, pois faziam parte das funções da Administração.<sup>105</sup>

Isso demonstra que nessa fase a Administração tinha o seu atuar parcialmente vinculado à lei, de maneira que existiam atos que estariam fora do alcance de qualquer controle, a exemplo dos atos de império, de organização administrativa ou atos editados com a finalidade de assegurar interesses coletivos, e que, dessa forma, eram considerados discricionários e, assim, não sindicáveis pela jurisdição, pois em decorrência deles não se originavam direitos subjetivos.

Dessa forma, a concepção de discricionariedade administrativa no Estado de Direito Liberal traz ínsita as noções da liberdade de atuação do administrador, agora compreendida como esfera de atuação livre dos ditames legais e, consequentemente, isenta de controle judicial. Essa forma de compreender o instituto demonstrava que a Administração Pública poderia agir, com base na discricionariedade, desde que o fizesse no espaço livre da lei.

Para a doutrina da vinculação negativa, no âmbito dos espaços não regulados pela lei, seria livre o atuar e o agir da Administração, a quem caberia realizar a escolha da melhor conduta administrativa, segundo critérios do administrador, ou seja, uma concepção de discricionariedade construída com base na ausência de norma aplicável aos casos em concreto. Como consequência desse entendimento, os atos editados pelo administrador no exercício do poder discricionário, ou seja, inseridos na esfera de liberdade da Administração, não se sujeitariam ao controle jurisdicional.<sup>106</sup>

---

<sup>104</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.476.

<sup>105</sup> Segundo Antônio Francisco de Sousa, tais matérias formavam um “Poder Autônomo do Estado” e, por isso mesmo, não eram passíveis de controle. (SOUSA, Antônio Francisco de. **Discricionariedade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987. p.36).

<sup>106</sup> SOUSA, loc. cit.

Já a partir da segunda metade do século XIX, considerada a distinção entre atos de governo e atos políticos da Administração elaborada pelo Conselho de Estado francês, abandonou-se a ideia de matérias graciosas (não contenciosas), mantendo-se, porém, o entendimento de que mesmo assim esses atos escapariam do controle jurisdicional.

Em decorrência desse entendimento, tornou-se comum utilizar a expressão atos discricionários, de pura administração, ou puramente administrativos, que eram aqueles que não esbarravam em direitos adquiridos, embora às vezes atingissem “interesses” dos particulares.<sup>107</sup>

Essa diferenciação entre o atuar da Administração no campo de uma “zona de discricionariedade” (matérias discricionárias) e o atuar na forma de atos administrativos, por si já foi suficiente para representar uma forma de limitação da discricionariedade, na maneira em que o atuar livre da Administração Pública somente poderia incidir no caso em concreto.

Assim, a partir da consolidação da teoria dos atos discricionários, em substituição à concepção de matérias discricionárias, determinadas circunstâncias, como a evolução das ideias jurídico-estaduais, o aprimoramento dos sistemas de controle jurisdicional e a necessidade de maior regulamentação das atividades da Administração Pública, deram origem a uma delimitação da discricionariedade administrativa.<sup>108</sup>

Considerando que o Estado possuía atuação limitada na sociedade, poucas situações havia para regular, e, assim, as atividades da Administração Pública concentravam-se basicamente nas funções essenciais, a exemplo da polícia administrativa, a defesa externa, a segurança interna e a administração da justiça. Com isso, o Direito Administrativo teve um desenvolvimento pífio, pois a regra do atuar administrativo era o princípio da legalidade, que possuía contornos diversos dos que possui hoje.

Com efeito, a máxima “*tudo o que não está proibido é permitido*” atualmente só é admitida nas relações de direito privado (nas quais vigora a disponibilidade dos interesses) uma vez que no âmbito das relações públicas (em que vigora a indisponibilidade dos bens e interesses) o princípio da legalidade condiciona o comportamento da Administração, cujo atuar está previamente estabelecido em lei.

No entanto, no século XIX a máxima descrita no parágrafo anterior se aplicava tanto nas relações privadas como nas públicas. A discricionariedade administrativa, portanto, era a regra do atuar da Administração Pública, mesmo porque a ação administrativa era concebida como

---

<sup>107</sup> SOUSA, António Francisco de. **Discricionariedade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987. p.37.

<sup>108</sup> Ibid., p.38.



poder político e não jurídico, e, como tal, não poderia estar sujeita a interferências e controles externos de outro poder, sob pena de ofensa ao princípio da separação dos poderes.

Essa teoria dos atos políticos da Administração Pública surgida na França, segundo a qual tais atos não poderiam ser objeto de insurreições, acaba por propagar-se para diversos países, sendo evidentemente adaptada em conformidade com as respectivas realidades sociais, políticas e econômicas, e propagadas pelas diversas posições doutrinárias, merecendo destaque: a) a teoria que nega a existência de atos políticos e, assim, desprovidos de possibilidade de controle, pois todos os atos da administração, justamente pelo fato de serem atos jurídicos, são passíveis de controle; b) a teoria teleológica, para a qual os atos são considerados políticos, desprovidos de possibilidade de controle, de acordo com a finalidade por eles pretendida; c) teoria da natureza do ato, segundo a qual o ato político não é definido pelo seu fim, mas pela sua natureza, ou seja, é considerado político somente aquele editado pelo Governo e no exercício do poder político, ou melhor, na defesa do Estado e da sociedade, tanto interna como externamente.<sup>109</sup>

Nesse sentido, as Constituições brasileiras de 1824<sup>110</sup>, 1934<sup>111</sup> e de 1937<sup>112</sup> vedavam expressamente a possibilidade de o Poder Judiciário apreciar os atos de governo. Somente com a entrada em vigor da Constituição brasileira de 1946, com a instituição do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional<sup>113</sup>, é que se passou a admitir o controle dos atos da Administração Pública, admitindo-se que os atos do Governo que lesassem direitos individuais pudessem ser sindicados pelo Poder Judiciário.

Por fim, a Constituição Brasileira de 1988 manteve o princípio da inafastabilidade da jurisdição, ampliando sobremaneira o debate doutrinário a respeito da possibilidade ou não do controle jurisdicional dos atos discricionários e em que medida.

Do exposto, é possível concluir afirmando que de todo este processo de evolução do princípio da legalidade no Estado de Direito liberal e que contribuiu definitivamente para a integral vinculação da Administração à lei, resultou que: em primeiro lugar, toda a atividade administrativa (e não só as atividades privadas da Administração, como no Estado de Polícia) fica

---

<sup>109</sup> SOUSA, António Francisco de. **Discricionariade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987. p.40.

<sup>110</sup> Art. 99. A Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito à responsabilidade alguma.

<sup>111</sup> Art. 69. É vedado ao Poder Judiciário conhecer questões exclusivamente políticas.

<sup>112</sup> Art. 94. É vedado ao Poder Judiciário conhecer que questões exclusivamente políticas.

<sup>113</sup> Art. 141. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos seguintes termos: [...] § 4.º A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual.

subordinada à lei; em segundo lugar, a atividade administrativa, com base na sua submissão à lei, assume caráter jurídico; e, em terceiro lugar, com base na sujeição da Administração ao controle dos tribunais, os particulares adquirem garantias que lhes asseguram o cumprimento da lei pela Administração.<sup>114</sup>

## 2.6 EXIGÊNCIAS DOS DIREITOS SOCIAIS E DE DEMOCRATIZAÇÃO DO ESTADO

O Estado liberal não foi capaz de determinar os mecanismos efetivos para a garantia dos próprios direitos afirmados, tornando-os meramente formais e acessíveis a uma reduzida classe de indivíduos dotados de melhores condições econômicas, cujos direitos mostravam-se incompatíveis com a realidade social, tornando-se assim um Estado abstrato, omissos com a própria sociedade.

A igualdade encarada tão somente no aspecto formal, a liberdade individual que visava tão somente à expansão das estruturas econômicas da época e assegurar a obtenção do lucro, e a abstenção do Estado nas questões sociais, apenas serviram para atender aos interesses burgueses, agravando a situação da classe operária, que, por estar excluída do contexto político, vivia em condições precárias.

Somado a esse fato, já a partir da Primeira Guerra Mundial, o continente europeu passa a enfrentar uma crise econômica sem precedentes, quando então crescem as pressões dos movimentos sociais, que passam a exigir do Estado condutas efetivas que possam garantir condições mínimas materiais e existenciais, mediante a adoção de políticas públicas eficazes, de maneira a possibilitar que um número maior de cidadãos, mesmo que não detentores de propriedade ou capital, possa tornar-se efetivamente iguais e livres.

A garantia de um patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica, mas também material e efetiva (grande bandeira dos direitos sociais) exige uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna. A busca por direitos sociais tem, assim, como princípio propulsor a intensa desigualdade estabelecida pelo Estado liberal, o que originou a necessidade de um novo modelo de Estado, mais preocupado com a seguridade social, os direitos dos trabalhadores, a educação, a moradia, a saúde, dentre outros que pudessem assegurar

---

<sup>114</sup> AMARAL, Diogo Freitas. **Direito administrativo**. Lisboa: Almedina, 1983. v.3. p.56.

um mínimo de dignidade ao cidadão. Mesmo que de forma resumida, essas condições retratam o ambiente em que se deu a transposição do Estado liberal para o Estado social.<sup>115</sup>

As ideias do que posteriormente seria denominado Estado social surgem no momento em que se busca superar a contradição entre a igualdade política e a desigualdade social, cuja contradição se deve ao fato de que as liberdades eram consideradas como meramente formais e somente uma igualdade material poderia fazer com que todos pudessem exercê-las.<sup>116</sup>

Os conflitos sociais que brotavam nos países capitalistas, e algumas experiências socialistas que começavam a surgir, colocaram em desequilíbrio a ordem econômica do capitalismo, que se fundava na liberdade individual e na propriedade privada, e determinaram a necessidade de que o Estado e o Direito passassem a assumir um novo papel.

A proposta liberal de que a economia e a sociedade, se deixadas a si próprias confiadas às leis naturais do mercado, proporcionariam a todos os indivíduos em condições de liberdade as melhores condições de vida, não vingou em razão de fatores como o progresso técnico, a concentração do capital, o agravamento de lutas de classes e o aparecimento de ideologias negadoras do capitalismo.<sup>117</sup>

A *mão invisível do mercado* levou o primado da liberdade à esfera econômica, projetando desigualdades sociais que sufocavam as próprias liberdades individuais. Assim, as antíteses verificadas entre o modelo proposto pela burguesia e a realidade social e política emergente conduziram à corrosão da expressão liberal.

Inicia-se, então, um grande movimento intervencionista, criando um solo fértil para o surgimento do Estado Social, pois era presente a ideia de que se fazia necessário garantir condições mínimas de existência para os indivíduos, até mesmo para o efetivo gozo dos direitos individuais já assegurados no Estado de Direito.

---

<sup>115</sup> Essa também é a constatação de Canotilho: “Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos do homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em *A Questão Judaica*) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade, independentemente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-material, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.383).

<sup>116</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.545.

<sup>117</sup> AVELÂS NUNES, Antonio José. Aventuras e desventuras do Estado Social. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, v.3, n.1, p.141, 2001.

Considerando não ter vingado o pressuposto de que a igualdade formal perante a lei proporcionaria melhores condições de vida aos indivíduos, e devido à possibilidade de expansão dos ideais pregados pela Revolução Russa, a classe política volta suas atenções no sentido de encontrar mecanismos que possam afastar os trabalhadores da opção revolucionária.

Por sua vez, a burguesia que antes orientava seu discurso no sentido da intervenção mínima do Estado na economia e que defendia a ordem natural da economia de mercado com a única finalidade de expandir seus domínios econômicos, não encontra dificuldade em reconhecer a necessidade das intervenções do Estado, mesmo porque agora ocupa o poder político. Nessas condições, o Estado social se caracterizou, em resumida síntese, pela intervenção estatal na economia, pela aplicação do princípio da igualdade material e também pela promoção da justiça social, de forma a oportunizar a todos os indivíduos melhores condições de vida e, assim, proporcionar o desenvolvimento pleno dos cidadãos; momento esse em que, segundo Avelãs, *a mão visível* do direito começava a substituir *a mão invisível da economia*.<sup>118</sup>

A economia passa então a ser o grande referencial do Estado para que este direcionasse as suas ações políticas, assumindo a clara função de regulação do equilíbrio do sistema social, conformando-se que o sistema econômico não se regula por si próprio e não pode livrar o sistema social das tensões e dos desequilíbrios que têm origem na economia. A economia deixa de ser, para o Estado e para os cidadãos, um dado da ordem natural, para se tornar num objeto suscetível de conformação pelas políticas públicas.

Na visão de Avelãs, o Estado Social assume-se como estado econômico, cuja função é a de conseguir reunir as condições de funcionamento de uma economia bem-sucedida, entendida na época como possível se o Estado garantisse certo grau de justiça social e de satisfação de determinadas necessidades sociais, porque só desse modo, atenuando conflitos de classe se conseguiria a paz social, indispensável à estabilidade das sociedades capitalistas e à sobrevivência do sistema econômico capitalista.<sup>119</sup>

Assim, logo no início do século XX, sob a influência das Constituições do México (1917) e a Alemã de Weimar (1919), o Estado Social se consagra definitivamente como o principal garantidor dos direitos sociais e coletivos, utilizando-se, para tanto, de medidas socializantes, promovendo a igualdade e intervindo no domínio econômico.

---

<sup>118</sup> AVELÃS NUNES, Antonio José. Aventuras e desventuras do Estado Social. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, v.3, n.1, p.143, 2001.

<sup>119</sup> Ibid., p.145.

A Constituição é vista como o “Estatuto Fundamental do Estado”, positivando em seu texto bens e valores fundamentais, a exemplo dos direitos sociais, coletivos e econômicos. Caracteriza-se, assim, como uma Constituição dirigente<sup>120</sup>, que impõe ao Estado prestações positivas, mediante a aplicação de políticas públicas de intervenção.

Na Constituição de Weimar emergem novos direitos, com a categoria de direitos sociais, a exemplo dos direitos à habitação, educação, saúde, e pela primeira vez se reconhece em termos constitucionais a liberdade de organização sindical como direito fundamental de trabalhadores.<sup>121</sup> Ressalta-se que, embora a referida Constituição tenha se tornado referência e modelo de avanço no campo de previsão de direitos sociais, sendo inclusive apelidada de “compromisso constitucional”, era criticada porque, além de traçar a estrutura básica do Estado, em consonância com as constituições erigidas sob a tradição liberal, adotava em sua segunda parte um rol de direitos fundamentais individuais e socioeconômicos que se identificariam com as pretensões da esquerda social-democrata e comunista.<sup>122</sup>

No entanto, o reconhecimento de direitos de prestação na Constituição de Weimar não foi por si só o fator determinante a caracterizar o que haveria de ser o Estado Social. O reaparecimento dos direitos sociais<sup>123</sup> estava naquele momento atrelado ao desenvolvimento industrial dos

---

<sup>120</sup> Para a Teoria da Constituição Dirigente, a Constituição não é só garantia do existente, mas também um programa para o futuro. Ao fornecer linhas de atuação para a política, sem substituí-la, destaca a interdependência entre Estado e sociedade: a Constituição Dirigente é uma Constituição estatal e social. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.150).

<sup>121</sup> A Constituição Alemã consiste em referência inegável de avanço no tocante à previsão de direitos sociais. Segundo assinala o Paulo Bonavides, “Os direitos sociais concernentes às relações de produção, ao trabalho, à educação, à cultura, à previdência, representavam uma estupenda novidade, um campo por inteiro distinto, desconhecido ao Direito Constitucional Clássico. [...] Desaparelhado de ferramentas teóricas com que interpretar e caracterizar os novos institutos e princípios introduzidos nas Constituições por efeito de comoções ideológicas, cuja intensidade se fez sentir acima de tudo durante o período subsequente a Primeira Grande Guerra Mundial, o velho Direito Constitucional entrou em crise. A Constituição de Weimar foi fruto dessa agonia: o Estado liberal estava morto, mas o Estado social ainda não havia nascido. As dores da crise se fizeram mais agudas na Alemanha, entre os seus juristas, cuja obra de compreensão das realidades emergentes se condensou num texto rude e imperfeito, embora assombrosamente precursor, de que resultariam diretrizes básicas e indeclináveis para o moderno constitucionalismo social”. (BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.306).

<sup>122</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p.24. Como complemento a esta crítica, ressalta-se que o artigo 48 da Constituição de Weimar previa a possibilidade de subversão deste sistema por ela mesmo implantada, com a previsão de um estado de exceção capaz de garantir a permanência do regime em caso de ameaça à ordem pública e à segurança do Reich, e que possibilitava a suspensão parcial ou total dos direitos fundamentais.

<sup>123</sup> Fala-se em reaparecimento em razão do fato de que alguns direitos sociais já eram previstos e aceitos por regimes absolutistas como o da Alemanha da época do Chanceler Bismark, pois “o Estado Social se refere aos aspectos totais de uma configuração típica de nossa época”. (GARCIA PELAYO, Manuel Alonso. **Las Transformaciones Del Estado Constitucional**. Madrid: Alianza Universitária, 1995. p.14). A concepção de Estado Social também já era presente entre um dos precursores do próprio Estado de Direito na Alemanha, Lorenz Von Stein, para quem o fim principal da administração é a solução do problema social mediante a

países mais avançados e ao surgimento no cenário político dos movimentos sociais da classe operária, agora organizada em sindicatos e partidos políticos.

Portanto, somente após o término da Primeira Guerra Mundial e depois de um período marcado por revoluções e movimentações sociais, é que se instaura definitivamente uma nova corrente constitucional que tem por objetivo superar o conceito de liberdades clássicas do Estado de Direito, bem como alterar a forma de se conceber as relações que se estabelecem entre o Estado e a Sociedade, de maneira a superar a ideia de separação (própria do Estado liberal) por uma ideia de *estadualização da sociedade* e recíproca *socialização do Estado*, e que irá conferir sentido ao novo “Estado social”.<sup>124</sup>

Nesse modelo constitucional implantado com o modelo de Weimar, a efetivação de direitos sociais passa para a responsabilidade do Estado nas condições estabelecidas na Constituição, permitindo que os indivíduos possam exigir das instituições a sua efetivação. Sem se descartar as críticas feitas à Constituição de Weimar<sup>125</sup>, levando-se em consideração o

---

proteção e assistência aos mais necessitados. Para o autor, o Estado tem que manter com seu poder, para cada pessoa individual autodeterminada, a igualdade jurídica absoluta diante de todas as diferenças (de classe), e nesse sentido, ele chamou Estado de direito. Todavia, tem que promover com seu poder o progresso social e econômico de todos seus membros, porque o desenvolvimento de um constitui a condição e, ao mesmo tempo, a consequência do desenvolvimento do outro. E nesse sentido, é que, segundo referido autor, se fala em Estado social (RITTER, Gerhard. **El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional**. Tradução de Joaquín Abellán. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991. p.27). No entanto, esse conceito formal de Estado social, além de estar reduzido a um caráter meramente assistencialista, não estando materialmente firmado como Estado social de direito, era caracterizado por um caráter impreciso, vago, indeterminado, vindo a ser concretizado com o passar do tempo por meio da legislação, da doutrina e da jurisprudência, sempre tendo em consideração os princípios da dignidade humana, direito à vida e integridade pessoal, da propriedade, condições dignas nas relações de emprego, da cultura, entre outros. Portanto, somente viria se concretizar o Estado social após a Primeira Guerra Mundial, mediante uma nova forma de se conceber o Estado.

<sup>124</sup> GARCIA PELAYO, Manuel Alonso. **Las Transformaciones Del Estado Constitucional**. Madrid: Alianza Universitária, 1995. p.25.

<sup>125</sup> Ao mesmo tempo em que Constituição de Weimar foi encarada como um notável avanço no que se refere às questões sociais, era criticada pela classe dominante considerada ousada, especialmente pelo fato de possibilitar a participação política das classes menos favorecidas, que fortalecidas por meio dos movimentos sindicais e sociais passam a exigir no Parlamento direitos de igualdade com maior força e legitimidade, contrapondo-se aos interesses da classe política dominante que relutava em abandonar os privilégios que até então possuía, fazendo com que a classe conservadora passe a criticar o Poder Legislativo. Na doutrina, incisivas foram as críticas feitas por Schmitt à segunda parte da Constituição de Weimar, que no seu entender não era dotada de aplicabilidade, pois não garantia um mínimo de conteúdo decisório ao aplicador do Direito e, portanto, deveria ser desconsiderada do ordenamento jurídico. Essas críticas são retratadas por Bercovici: “[...] a segunda parte era uma segunda Constituição, um fragmento de outro tipo de Constituição, em oposição à neutralidade axiológica da Constituição própria do Estado Legislativo. Entre a neutralidade axiológica da primeira parte da Constituição (sistema de legalidade) e a acentuação axiológica das garantias de conteúdo material da segunda parte da Constituição, não poderia haver meio termo. Segundo Schmitt, a Constituição de Weimar estava literalmente dividida entre duas Constituições materiais dentro da mesma Constituição formal. Como não havia conexão da segunda parte com a primeira parte da Constituição, Schmitt denominou a segunda parte de Contra-Constituição”. (BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p.142).

momento social e político em que ela surge, não há como se desconsiderar que ela representou um grande avanço ao reconhecer que o bem-estar social é condição essencial que pressupõe a conquista dos demais direitos, bem como ao determinar que o Estado é responsável pela prestação de atividades de serviços públicos, voltadas essencialmente à proteção e garantia da dignidade humana.

Com as mudanças substanciais promovidas com o advento do Estado Social, amplia-se sobremaneira o conceito até então aceito acerca dos direitos públicos subjetivos, que passam a ser incorporados na ordem jurídica a partir das próprias Constituições, direitos sociais fundamentais, além dos já reconhecidos direitos políticos e civis.<sup>126</sup> Diferentemente das liberdades civis e políticas, como direitos negativos de defesa próprios do Estado liberal, os direitos sociais se fundam em direitos de prestação sob a responsabilidade do Estado, exigindo, assim, uma conduta positiva, dirigente, em que sejam estabelecidas e implementadas políticas governamentais que possam efetivamente garantir um mínimo de bem-estar aos indivíduos.

Mas é justamente na diferença entre as finalidades que se constata as semelhanças entre Estado Social de Direito e Estado de Direito, considerando que neste se fixam as primeiras concepções de direito público subjetivo, nas concepções da teoria alemã, cabendo àquele dar maior abrangência do seu sentido, regulando, mais efetivamente, as atividades políticas governamentais. É na garantia dos direitos individuais, notadamente o da liberdade, que o Estado Social edifica os alicerces que irão fundamentar os direitos sociais.<sup>127</sup>

Com o Estado social surgem os denominados “direitos de segunda dimensão”, situados no plano do ter, de conteúdo econômico, social e cultural, baseados na legalidade, e que tem por finalidade a qualidade de vida, educação, saúde e igualdade fática dos indivíduos. Incluem-se também as liberdades sociais, a exemplo da sindicalização, do direito de greve e direitos fundamentais dos trabalhadores.

---

<sup>126</sup> A atual Constituição Federal Brasileira, de 1988, reconheceu os direitos sociais especialmente nos arts. 6.º e 7.º, os quais apontam o seguinte rol de direitos: educação, saúde, trabalho, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e assistência aos desamparados. O art. 7.º apresenta uma lista de trinta e quatro incisos, todos relacionados a direitos trabalhistas.

<sup>127</sup> “A diferença básica entre a concepção clássica do liberalismo e a do Estado de Bem-Estar é que, “enquanto naquela se trata tão-somente de colocar barreiras ao Estado, esquecendo-se de fixar-lhe também obrigações positivas, aqui, sem deixar de manter as barreiras, se lhes agregam finalidades e tarefas à quais antes não sentia obrigado. A identidade básica entre Estado de Direito e Estado de Bem-Estar, por sua vez, reside em que o segundo toma e mantém do primeiro o respeito aos direitos individuais e é sobre esta base que constrói seus próprios princípios”. (GORDILLO, Augustín. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Brasileira de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977. p.154 - tradução livre).

Trata-se de uma ampliação dos direitos subjetivos materiais e que exigem uma atuação positiva do Estado para com os indivíduos, de maneira que, além dos direitos civis e políticos já assegurados pelo liberalismo e que se estabelecem no plano do *ser*, outros são agregados, a exemplo da educação, saúde, trabalho, seguridade social, que por sua vez se situam no plano do *ter*.

Esse constitucionalismo social de Weimar, centrado no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais e complementares aos direitos civis e políticos, acabou por irradiar-se para várias Constituições do Segundo Pós-Guerra – inclusive as brasileiras a partir de 1934 – e ainda irradiam-se, não só em razão das exigências de seus povos, mas também em decorrência do cumprimento de pactos e convênios internacionais, emanados da Organização das Nações Unidas, Pacto internacional de direitos econômicos, sociais e culturais de 16 de dezembro de 1996, Convenção interamericana de Direitos do Homem, da Carta Social Europeia, da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia e das Convenções Internacionais de Trabalho.

Para a consecução da igualdade material e efetiva realização da justiça social, faz-se necessário que o Estado abandone a concepção abstencionista e passe a atuar por meio de prestações positivas, especialmente na área social. Por outro lado, não é mais suficiente a simples vinculação das atividades da Administração à lei, de modo a lhe conferir ampla margem de liberdade (discrecionariade) no seu atuar em face da lacuna legal. Não se descarta que o legislador não é um vidente com poderes para prever de antemão todas as situações do mundo da vida em que se exigirá o atuar do administrador; no entanto, conferir ampla margem de liberdade ao administrador não é opção compatível com os novos ideais de socialização do Estado.

Essa nova forma de encarar as funções do Estado, que passa a voltar as suas atenções no sentido de assegurar a igualdade de cunho material<sup>128</sup>, visando à diminuição das desigualdades sociais, exige repensar a forma de se conceber o Estado de Direito. É necessário abandonar o

---

<sup>128</sup> Essa concepção de igualdade é diversa da igualdade formal típica do Estado liberal e visa garantir a efetiva igualdade, tratando de maneira diferenciada aqueles que não estejam em condições fáticas de igualdade, de maneira a reduzir as diferenças, próprias de uma sociedade plural. Nesse sentido, comentando o caput do artigo 5.º da Constituição Federal, Eros Roberto Grau bem retrata o conceito de igualdade material, ao lecionar: “Neste enunciado, bem distinto dos que as nossas Constituições antecedentes o institucionalizaram, há a consagração do princípio da igualdade não só em termos formais, mas também em termos materiais. Vale dizer: O que a nova Constituição postula, expressamente, é o entendimento segundo o qual a tão-só igualdade perante a lei pouco ou nada significaria. (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.166).



caráter meramente formal do direito e resgatar a sua dimensão material, por meio de atuações positivas que permitam tornar efetivos os direitos fundamentais.<sup>129</sup>

Nessa perspectiva, o Estado deve garantir a todos os cidadãos uma vida digna, criando condições para que todos atingissem este objetivo mediante o seu trabalho ou fornecendo bens ou serviços para tanto, a exemplo da saúde e assistência social. Caracteriza-se, também, por oferecer a todos, oportunidades iguais de acesso ao bem-estar social pelo estabelecimento de políticas voltadas à redistribuição do rendimento em favor dos mais pobres e do investimento em equipamentos sociais, a exemplo da escola, habitação, do fornecimento de energia, dentre outros.

Essas transformações alteram substancialmente a posição dos indivíduos perante o Estado, conferindo uma nova roupagem à esfera da autonomia individual; para além de uma nova moldagem dos direitos e liberdades clássicos às novas exigências de socialidade, se agregam também os chamados direitos sociais indissociáveis das correspondentes prestações do Estado.

Em realidade, esse novo ideal político, que resultava da ideia liberal da separação do Estado e sociedade, decorria da constatação de que não mais era possível a autorregulação da vida social. O momento exigia uma nova forma de estruturação da sociedade, em que a regulação da vida social é impulsionada e conformada pelo Estado, tendo como contrapartida a pressão exercida pela sociedade sobre o Estado. Assim, é nesse processo conjunto de estadualização da sociedade e de socialização do Estado que se corporiza o princípio de socialidade enformador

---

<sup>129</sup> Daniel Sarmento retrata bem esse panorama, ao esclarecer que: “Até meados do século XX, as constituições tratavam apenas da estrutura básica do Estado, quando muito incorporando um elenco de direitos individuais do cidadão, concebidos exclusivamente como direitos de defesa em face dos governantes. Contudo, à partir das Constituições do México de 1917, e de Weimar de 1919, este modelo vai se alterar. A maioria das constituições editadas posteriormente agregará ao seu temário vários outros assuntos, como economia, relações de trabalho, proteção à família, cultura, etc. Muitas delas também vão garantir, além dos clássicos direitos individuais, direitos sociais e econômicos, que demandam prestações positivas do Estado, viabilizadas por meio de políticas públicas onerosas: Direitos à educação, à saúde, à previdência, à moradia, etc. Neste novo paradigma, por outro lado, a visão sobre o papel do Estado mesmo em relação aos direitos individuais se modifica. Se até então prevalecia a ideia de que, para não desrespeitar estes direitos, bastava que os poderes públicos se abstivessem de atentar contra eles, doravante será reconhecido que o Estado tem também deveres positivos nesta esfera. Além de não violar, ele deve ainda proteger os direitos individuais dos seus cidadãos das lesões e ameaças provenientes das mais diversas fontes: conduta de outros particulares, riscos naturais, riscos decorrentes das novas tecnologias, etc. Incumbe-lhe também assegurar, no mundo real, as condições materiais mínimas para que estes direitos individuais possam ser efetivamente fruídos por todos na sociedade, inclusive pelos integrantes dos grupos mais desfavorecidos”. (SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.119).

no novo *Estado social*, e, por sua vez, é essa dupla dimensão que permite distinguir o *Estado social* dos conceitos afins.<sup>130</sup>

A doutrina, não raro, utiliza, de forma indiscriminada, uma multiplicidade de expressões para se referir ao Estado Social, como, por exemplo, Estado assistencial, bem-estar, providência. No entanto, embora esses conceitos possuam traços em comum ou até mesmo identidades fundamentais (acentuando a relevância das prestações do Estado como forma de minorar as situações de miséria, assegurando por meio de subvenções e subsídios um mínimo de subsistência vital aos que nelas se encontrem), tais conceitos, destacando funções, instituições ou mecanismos de funcionamento, próprios do Estado Social, não permitem isolar, em toda a sua extensão, as notas fundamentais que distinguem o Estado Social não só do Estado liberal, mas também das concepções políticas da época.<sup>131</sup>

O sentido do Estado social ultrapassa a mera intervenção na ordem econômica e social com a finalidade de assegurar por meio de subvenções e subsídios um mínimo de condições dignas de vida; vai mais além, visa à socialização do Estado, o que implica não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesses e organizações na tomada de decisões políticas centrais, mas também a submissão dessas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade.<sup>132</sup>

O reconhecimento do Estado como *Estado social* pressupõe necessariamente um ambiente político democrático em que se permita a participação efetiva dos indivíduos na produção das decisões estatais, como forma de legitimá-las.

Feitas essas observações, necessárias para identificar a verdadeira configuração global do Estado social e que o distingue dos demais Estados, que, mesmo compartilhando das mesmas preocupações de superar a separação Estado-sociedade, realizam esse objetivo num quadro autoritário ou totalitário, descartando qualquer possibilidade de controle da sociedade sobre o Estado, é necessário pontuar que, para atingir o objetivo de socialização do Estado, houve a necessidade de se impor limitações ao exercício dos direitos individuais, com a finalidade de atender aos interesses coletivos.

Nesse contexto, na perspectiva da estruturação do Estado, ganha destaque o fortalecimento do Poder Executivo, que passa a regulamentar os mais variados campos da vida social,

---

<sup>130</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.198.

<sup>131</sup> Ibid., p.200.

<sup>132</sup> Ibid., p.201.

intensificando-se, assim, a produção das denominadas “leis-medidas” ou regulamentos autônomos, que eram editados para dar solução a cada caso concreto.

Em consequência, o princípio da legalidade ganha uma nova configuração, visto que a partir de então não mais é suficiente que os atos da Administração Pública não violem a lei, exigindo-se que qualquer atividade da Administração passe a ser exercida dentro dos limites fixados no ato legislativo emanado do Parlamento, pelo que, além de limite à atividade administrativa, a lei passa a ser também seu fundamento necessário.<sup>133</sup>

Recebendo os influxos do positivismo jurídico, todo o atuar da administração pública, inclusive quando das condutas discricionárias, está submetido à lei. Essa compreensão formalista da doutrina alemã do Estado de Direito, que derradeiramente neutraliza o sentido político do Estado de Direito e que descarta qualquer caracterização como sendo o Estado limitado à razão e pelos direitos naturais, acaba sendo potencializada ao final do século XIX e início do século XX, com a Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

Nessa concepção formal, não mais se consideram os fins e os conteúdos do Estado, mas tão somente os seus princípios formais, destacando-se os postulados da legalidade da Administração, quais sejam, a reserva legal, a supremacia da lei formal e a proteção do direito da administração mediante o estabelecimento de tribunais independentes. Resumindo, o Estado limita-se a um “Estado de leis”.

Para essa teoria, o importante é a segurança jurídica, a previsibilidade e possibilidade de controle da ação do Estado, partindo do pressuposto de que a lei é a máxima expressão da vontade e soberania estatal. Todo direito resume-se e está contido na lei, e a supremacia do Parlamento, como criador das leis, é absoluta.<sup>134</sup>

Para Kelsen, a norma fundamental é a base de validade de todas as demais normas existentes no ordenamento jurídico vigente. Após a análise da relação entre as diversas normas, afirma a existência de uma escala entre elas (normas superiores e inferiores) e conclui que a norma superior não possui o atributo de vincular de forma absoluta, em todas as diretivas e aspectos, pois é possível vislumbrar certa margem de livre apreciação, já que a

---

<sup>133</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.204.

<sup>134</sup> Partindo do pressuposto do domínio da lei e da superioridade suprema do parlamento, é compreensível o fato de que o controle jurisdicional de constitucionalidade tardou a ser admitido em alguns países europeus. Na França, justamente o país do qual provém a sistematização da separação dos poderes e a ideia de direitos e garantias fundamentais, somente com a Constituição de 1958 (Constitution de la Vème République) é que foi instituído o Conselho Constitucional (Conseil Constitutionnel), o que demonstra certa hostilidade da doutrina então dominante ao controle jurisdicional das leis.

norma de escalão superior funciona como uma moldura, passível de ser preenchida pelo ato sobre o qual incidirá.<sup>135</sup>

Essa concepção positivista de que é possível vislumbrar certa margem de livre apreciação acabou por influenciar sobremaneira o conceito de discricionariedade administrativa, constituindo o mérito administrativo, que passa a ser compreendido como o poder conferido pela própria norma ao agente, para que ele, segundo critérios de conveniência e oportunidade, possa preencher o conteúdo indeterminado da moldura normativa.

Não se descartando o avanço que a legalidade representou em termos de maior segurança jurídica, previsibilidade e possibilidade de controle da ação do Estado, o fato é que, com bases nessas concepções positivistas, surgem as dificuldades em precisar onde exatamente termina a legalidade e inicia a discricionariedade administrativa, induzindo o Poder Judiciário a deter-se diante do mal definido ‘mérito’ da atuação administrativa, permitindo que prevaleça o arbítrio onde deveria haver discricionariedade exercida nos limites estabelecidos em lei.<sup>136</sup>

Não bastasse, sob os influxos do pensamento positivista, o Estado de Direito era, e ainda é entendido por muitos como estrutura de poder submetida tão somente à lei, no seu aspecto formal e, portanto, não há espaço para qualquer indagação acerca do conteúdo ou valores por ela veiculados, ou seja, uma completa desvinculação do direito com a justiça.<sup>137</sup>

Essa concepção extremamente formalista, e que acaba por limitar-se a um Estado de leis, amplia sobremaneira o conceito de Estado de Direito, que passa compatibilizar-se com qualquer tipo de Estado (até mesmo absolutista ou totalitário) bastando que as suas ações se deem na forma estabelecida pelo direito. Tanto é verdade que essa idolatria ao império da lei e ao legalismo acrítico acaba servindo para legitimar governos de caráter autoritário e que promoveram barbáries sob o escudo da lei, a exemplo da Itália e da Alemanha, em que o

---

<sup>135</sup> Kelsen, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p. 388.

<sup>136</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001. p.30.

<sup>137</sup> Jorge Reis Novais, ao analisar o fundamento teórico proposto por Kelsen visando legitimar esse tipo de Estado, assinala que: “Kelsen acaba por constituir teoricamente o Estado de Direito como Estado de legalidade. De facto, Kelsen apresenta um ‘Estado de Direito’ finalmente depurado dos valores, que explicita ou implicitamente, o acompanham desde a sua origem, culminando um processo que, embora partindo da formalização do conceito originário, desemboca numa construção teórica que, em nosso entender, justifica a designação autónoma de Estado de Legalidade [...] o Estado de Legalidade só é de Direito porque actua na vida do direito (positivamente identificado com legalidade) e não porque defenda ou se sustente numa particular ideia de Direito”. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p. 123-124).

fascismo e o nazismo ascenderam ao poder sob a liderança de Benito Mussolini e Adolf Hitler, respectivamente.<sup>138</sup>

O avassalamento da Europa, as consequências da Segunda Guerra Mundial, na qual foram aniquilados milhões de seres humanos, o holocausto judaico, a destruição das riquezas e a ameaça de expansão do totalitarismo pelo mundo, foram os fatores determinantes da derrocada do nazismo e do fascismo, após intensa movimentação que determinou que os extremistas fossem retirados do poder, e que contou com a participação dos movimentos sociais e políticos adeptos à reconstrução da democracia e dos direitos civis.

Para Bercovici, somente após esses acontecimentos é que se verificou que a preocupação do juspublicista Herman Heller, exposta na obra “Teoria do Estado”, publicada postumamente em 1934, era real, no sentido de que na transição para o Estado Social não se poderia menosprezar – como haviam feito os liberais progressistas – o Estado de Direito, o respeito à legalidade, a submissão dos governantes e dos cidadãos às normas do ordenamento jurídico.<sup>139</sup>

A tese de Heller, a quem a doutrina atribui o conceito de Estado Social de Direito, é uma alternativa entre Estado de Direito e os regimes ditatoriais então vigentes, sendo que grande parte de seu trabalho na República de Weimar vai ser, justamente, contestar as visões schmittianas de exceção permanente, ditadura e Estado total, entendendo a agregação do Estado de Direito liberal pelo Estado Social de Direito como única maneira de integrar os trabalhadores no Estado e, ao mesmo tempo, salvar a democracia e a Constituição.<sup>140</sup>

Para Heller, o Estado de Direito, por si, é insuficiente para tornar realidade o princípio formalmente consagrado da igualdade, na maneira em que o legislador não leva em consideração, dentro do referido Estado, as relações sociais de poder, resumindo assim o direito a uma expressão dos mais fortes. Para que se consagrem os fins do Estado Social de Direito, há que se proporcionar a igualdade social real e, como consequência, a obrigação de proteger seus direitos, a exemplo do trabalho, da seguridade social, da educação, dentre outros.<sup>141</sup>

Nessa toada, a partir da Segunda Guerra, o Estado tem ampliada consideravelmente a sua maneira de atuar, especialmente no sentido de restabelecer os meios de produção, com o intuito de minorar as desigualdades causadas pelos ideais liberais que ainda se faziam presentes

---

<sup>138</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004. p.120.

<sup>139</sup> Ibid., p.121.

<sup>140</sup> Ibid., p.122.

<sup>141</sup> Ibid., p.123-124.

no mercado, possibilitando, dessa maneira, a readaptação dos indivíduos à vida social. É o Estado ingerindo na ordem econômica.

O Estado abandona a postura abstencionista quanto às questões sociais e econômicas e passa a intervir na economia, regulando e em alguns casos exercendo atividade econômica, passando a assistir a sua clientela permanente, ou seja, os excluídos do sistema social e econômico, necessários à existência do sistema capitalista.

Diante dessas transformações, a concepção de *Welfare State* espalha-se mundialmente. Vários Estados, em suas dimensões, adotaram essa política de intervenção. Dadas essas condições, e em razão das consideráveis despesas públicas realizadas com as Guerras, e com o intuito de sustentar as políticas sociais, vários Estados aumentam a sua carga tributária.

Nesse panorama, o Estado é conclamado a regular os diferentes espaços da vida social e conseqüentemente é intensificada a produção das chamadas “leis-medidas”, que eram promulgadas com a finalidade de solucionar os casos em concreto. Assim, o Poder Executivo é fortalecido, pois por meio dele é instrumentalizada a intervenção do Estado, e as suas relações com a sociedade convertem-se em relações caracterizadas pelo assistencialismo.

Na esfera do Direito, é possível observar um intervencionismo que visa igualar os indivíduos nas suas relações sociais, como, por exemplo, nas relações de emprego, que a partir de então são reguladas pelo ramo do Direito do Trabalho, com normas voltadas à defesa do trabalhador. Não há como se desconsiderar também a constitucionalização do direito privado, fazendo com que se estabeleça uma tênue linha entre o público e o privado; o Estado passa a ocupar os espaços que haviam sido conquistados pela sociedade burguesa e, ao mesmo tempo, torna-se burocrático e com grandes dificuldades de cumprir as responsabilidades que assumira.

A partir de então, a lógica da inclusão proporcionada pelo advento desse Estado social não suporta o esgotamento em face da burocratização a que estava sujeito o Estado. O orçamento público não mais é suficiente para dar conta das crescentes demandas sociais, e, diante da absoluta ausência de gestão, a crise era evidente.

No âmbito da economia, com a globalização, o mercado não tem mais fronteiras e escapa ao domínio do Estado, que acaba por se debilitar, perde o controle sobre as variáveis que influem no desempenho da economia e, conseqüentemente, fragiliza-se em razão do direcionamento econômico de suas políticas públicas, não podendo garantir a eficácia dos direitos sociais.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.123.

Na prática, a percepção de um Estado que passa a assumir um modelo de gestão centralizada acabou por revelar-se ineficiente e incapaz de atender às crescentes e complexas necessidades sociais. A sociedade passa a se sujeitar às benesses concedidas pelo Estado e, ao mesmo tempo, às implicações da economia. Como consequência, a sociedade acaba por afastar-se do Estado, contando com o apoio capitalista.

Imediatamente a crise do Estado Social é colocada em destaque, e as suas relações com a sociedade e com o mercado passam a sofrer questionamentos, possibilitando o surgimento de novas concepções sobre as finalidades do Estado na sociedade, o que significa nada menos que um retorno a uma concepção liberal readaptada.

As preocupações se voltam para as questões sociais, ou seja, há uma evidente preocupação no campo social, e, assim, pela primeira vez este Estado liberal social é vislumbrado como o guardião dos direitos iguais. No entanto, na área econômica, o desenvolvimento volta a ser entregue à *mão invisível do mercado*. O Estado passa a reduzir as funções e a privatizar as atividades públicas. A globalização da economia ocasiona o enfraquecimento do Estado em regular a economia nacional, gerando o agravamento das desigualdades sociais e o fortalecimento dos setores privados.

Em realidade, essa crise do Estado social está associada ao fato de que a maioria dos Estados não se atentou (ou não quis se atentar) para o verdadeiro sentido do Estado social, que vai além da necessidade de intervenção na ordem econômica e social, com a finalidade de assegurar por meio de subvenções e subsídios um mínimo de condições dignas de vida.

Desconsiderou-se que, além do caráter assistencialista, o Estado social pressupõe a socialização do Estado, o que implica não somente o reconhecimento da intervenção dos grupos de interesses e organizações na tomada de decisões políticas centrais, mas a submissão destas decisões à vontade democraticamente expressa pelo conjunto da sociedade. O reconhecimento do Estado como *Estado social* pressupõe necessariamente um ambiente político democrático em que se permita a participação efetiva dos indivíduos na produção das decisões estatais, na gestão da coisa pública e no controle dos atos da Administração Pública.

Diante dessas condições e considerando que o Estado não conseguiu dar conta das crescentes demandas sociais, criou-se um solo fértil para o advento do Estado Democrático de Direito. Este surge, então, com a finalidade de cumprir as promessas da modernidade, mesmo porque, conforme acima destacado, a transformação da realidade social somente será possível caso o Estado esteja inserto em um ambiente político democrático. O Estado Democrático de

Direito agrega às garantias já asseguradas pelos modelos estatais anteriores condições que possibilitem tornar reais as promessas da modernidade.<sup>143</sup>

O Estado Democrático de Direito tem por escopo a realização dos direitos fundamentais, e a partir da compreensão de dignidade humana como núcleo das Constituições, os direitos fundamentais só se realizam e obtêm proteção em regimes políticos democráticos, que possibilitem a participação efetiva dos indivíduos na produção das decisões estatais, de maneira a legitimá-las. Sem a garantia mínima de direitos políticos, a esfera de autonomia individual restaria esvaziada.

As esferas de autonomia individual e dos direitos fundamentais, como núcleo essencial do Estado de Direito, dependem da existência efetiva de regras da democracia política, com eleições livres de um parlamento que represente os cidadãos, do princípio da alternância democrática e do direito de participação política pelo voto universal, sem quaisquer discriminações de sexo, idade, religião, condição social ou econômica.

Com essas condições, o princípio democrático confere uma nova configuração aos elementos do Estado de Direito, bem como confere legitimidade a reconfiguração verificada na divisão clássica dos poderes. Dessa forma, tanto a autonomia do Executivo como a independência do Poder Judiciário encontram justificativa no fato de sua submissão à vontade democrática manifestada livremente. Como condição do Poder Legislativo, a legitimidade democrática passa a ser o fundamento de todo o aparato estatal, que se traduz não só em eleições periódicas dos órgãos estatais, mas também no aperfeiçoamento de garantias que impeçam que as crescentes intervenções estatais se transformem em decisões unilaterais de poder e que ultrapassem os limites do Estado de Direito.<sup>144</sup>

Concluindo, pode-se afirmar que o Estado Social de Direito é indissociável da estruturação democrática do Estado, não sendo possível caracterizar, como Estado Social de

---

<sup>143</sup> Para Lenio Luiz Streck, “A noção de Estado Democrático de Direito está, pois, indissociavelmente ligado à realização dos direitos fundamentais. É desse liame indissolúvel que exsurge aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito. Mais do que uma classificação de Estado ou de uma variante de sua evolução histórica, o Estado Democrático de Direito faz uma síntese das fases anteriores, agregando a construção das condições de possibilidades para suprir as lacunas das etapas anteriores, representadas pelas promessas da modernidade, tais como igualdade, justiça social e garantia dos direitos humanos fundamentais. A essa noção de Estado se acopla o conteúdo das Constituições, através do ideal de vida consubstanciado nos princípios que apontam para a mudança no *status quo* da sociedade. Por isso, como já referido anteriormente, no Estado Democrático de Direito a lei (Constituição) passa a ser uma forma privilegiada de instrumentalizar a ação do Estado na busca do desiderato apontado no texto constitucional, entendido no seu todo dirigente-principiológico”. (STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p.37).

<sup>144</sup> Está aqui a se referir de institutos que permitam efetivamente a participação dos cidadãos nas produções legislativas, na administração da justiça e na estruturação e gestão administrativa, a exemplo das audiências públicas e *amicus curiae*.



Direito, os regimes em que não se verifique a existência de uma verdadeira democracia política, ou como afirma Jorge Reis Novais, se o Estado de Direito tem sido no século XX, por exigência da verificada assunção do novo princípio de socialidade, *Estado social de Direito*, o Estado social de Direito é, por inerência da natureza dos valores que prossegue, um Estado democrático de Direito.<sup>145</sup>

Essas condições refletem consideravelmente no Direito Administrativo, pois a Constituição Federal estabelece uma série de princípios que orientam o regime jurídico administrativo, em especial aqueles previstos expressamente no *caput* do artigo 37, cujo regime exige uma mudança radical no atuar da Administração, uma desvinculação das concepções clássicas acerca de legalidade, separação dos poderes e controle, possibilitando, dessa forma, conferir um perfil democrático à Administração Pública.

Mas não é só isso, o Estado de Direito Democrático impõe à Administração Pública sua submissão não só à lei em sentido formal, mas também a todo um conjunto de princípios que orientam a produção, a interpretação e a aplicação do Direito Administrativo, possibilitando, assim, a realização dos direitos fundamentais.

Do mesmo modo, a noção de discricionariedade administrativa, entendida como espaço de liberdade para a Administração, não mais se compatibiliza com os ideais do Estado Democrático de Direito, devendo ser interpretada a partir da noção de juridicidade administrativa, que lhe impõe parâmetros e limites que possibilitam uma ampliação do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública.

## 2.7 POSITIVISMO NORMATIVISTA EM KELSEN

Como observado nas concepções até então desenvolvidas acerca do Estado de Direito, não mais se consideram os fins e os conteúdos do Estado, mas tão somente os seus princípios formais, destacando-se os postulados da legalidade da Administração, quais sejam, a reserva legal, a supremacia da lei formal e a proteção do direito da administração mediante o estabelecimento de tribunais independentes. Resumindo, o Estado limita-se a um “Estado de leis”.

As preocupações doutrinárias concentram-se na segurança jurídica, na previsibilidade e possibilidade de controle da ação do Estado, partindo do pressuposto de que a lei é a máxima expressão da vontade e soberania estatal. Todo direito resume-se e está contido na

---

<sup>145</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.223.

lei, e a supremacia do Parlamento, como criador das leis, é absoluta. Todo o sistema jurídico encontra seu fundamento na lei, como instrumento que permite conformar as liberdades individuais, possui legitimidade para limitar os direitos dos cidadãos ou impor-lhes obrigações. A lei passa a manifestar a soberania popular, cuja soberania, desde então, passa a ser o fundamento para a criação dos Estados Modernos.

Nessas condições, o povo<sup>146</sup> não poderia ser visto apenas como autor da Constituição, mas soberano. A própria Constituição não poderia ser empecilho para o desenvolvimento individual, e, assim, a visão radical da soberania popular ganha espaço.<sup>147</sup> O povo passa a ser o titular do poder, e o seu exercício se dá por meio da representação política do Parlamento, que passa a ter legitimidade para editar os atos estatais que revelam a vontade popular, a lei.

A exaltação da lei decorre do fato que, além de expressar a vontade geral e racional de um povo soberano, seu caráter de generalidade e abstração expressaria a segurança jurídica, a objetividade e previsibilidade requeridas pelo sistema. Afastam-se, dessa forma, as concepções jusnaturalistas do sistema jurídico, que possibilitavam o cometimento de injustiças e atrocidades pelo Estado realizadas sob o manto do direito e de seus princípios naturais.

Em decorrência dessa posição central da lei no sistema jurídico, os princípios jurídicos não positivados perdem a sua relevância e até mesmo o seu caráter de normatividade. Toda e qualquer regulação de conduta está adstrita à lei, que passa a ser o referencial de conformação social. Por outro lado, devido ao caráter de abstração e generalidade, a lei passa a expressar um comportamento necessariamente previsto em uma relação entre uma hipótese abstrata e sua consequência. Por fim, devido às exigências de previsibilidade e objetividade das condutas do Estado, os efeitos da aplicação da lei são conhecidos previamente e aplicados aos casos em concreto mediante um processo dedutivo.

Essa compreensão formalista que derradeiramente neutraliza o sentido político do Estado de Direito e que descarta qualquer caracterização como sendo o Estado limitado à razão e pelos direitos naturais, acaba sendo potencializada ao final do século XIX no positivismo jurídico, que encontrará em Kelsen o seu maior expoente.

O Direito passa a ser a manifestação da vontade humana, obrigatoriamente expressada mediante os atos emanados pelo Parlamento, ou seja, equipara-se o direito à lei. Nesse sentido,

---

<sup>146</sup> A expressão “povo” refere-se ao conjunto de indivíduos que, em determinado momento histórico, constitui uma nação. Pessoas que, mesmo que constituindo-se de diferentes etnias, estão vinculadas a um determinado regime jurídico, a um Estado.

<sup>147</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.176.

o positivismo contrapõe-se ao jusnaturalismo e definitivamente rompe com as fontes de poder que encontravam legitimidade em um ente divino e forte.<sup>148</sup>

Pois bem: embora a expressão *positivismo* expresse diversos entendimentos<sup>149</sup>, mesmo assim é possível colher da doutrina elementos que lhe atribuem um mesmo sentido, dentre os quais se destacam:

- a) A *existência* (vigência e validade) do direito em determinada sociedade está vinculada às práticas dos membros da sociedade; são, pois, as fontes sociais do direito.
- b) O sentido de *validade* de determinada norma não possui correlação com aspectos de sua “validade moral”. Exclui-se qualquer vinculação entre o direito e a moral. Não interessa ao positivismo qualquer discussão, no âmbito da teoria do direito, quanto às questões referentes à legitimidade de qualquer decisão estatal, seja ela editada pelos Poderes Legislativo, Executivo ou Judiciário. Estas questões de legitimidade seriam relegadas à teoria política, *que poucos resultados poderiam produzir, visto que esbarravam no problema do pluralismo de ideias presentes num contexto democrático, o que levava inexoravelmente a um relativismo filosófico*.<sup>150</sup>
- c) A impossibilidade de as normas jurídicas preverem todas as hipóteses de incidência, pelo que se conclui que haverá situações em que a norma, por si, não dará conta de solucionar determinados casos, decorrendo daí a discricionariedade, entendida como poder atribuído aos administradores e juízes, para nas hipóteses de lacuna da lei, ou até mesmo diante de situações que comportem diversas interpretações, encontrar a melhor solução para os casos em concreto que se lhes apresentem para decisão.

---

<sup>148</sup> Como bem observado por Luiz Roberto Barroso: “O Direito natural acaba por ser empurrado “para a margem histórica pela ascensão do positivismo jurídico, ao final do século XIX””. (BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.22, 2007).

<sup>149</sup> Segundo Antônio Manoel Hespanha, “as várias escolas entenderam de forma diversa o que fossem ‘coisas positivas’. Para uns, positiva era apenas a lei (positivismo legalista). Para outros, o positivismo era o direito plasmado na vida, nas instituições ou num espírito do povo (positivismo histórico). Positivismo também era o seu estudo de acordo com as regras das novas ciências da sociedade, surgidas na segunda metade do século XIX (positivismo sociológico, naturalismo). Finalmente, para outros positivos eram conceitos jurídicos genéricos e abstratos, rigorosamente construídos e concatenados, válidos independentemente da variabilidade da legislação positiva (positivismo conceitual””. (HESPANHA, Antônio Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Sintra: Europa-América, 1977. p.174).

<sup>150</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.61.

Feitas essas observações, necessárias para delimitar o espaço em que se situa a doutrina positivista, é na corrente normativista ou formalista de Kelsen que se situam as principais características do positivismo que influenciaram ou ainda influenciam, na modernidade, o pensar e o agir dos agentes da Administração Pública e dos juízes, especialmente no que se refere às concepções de legalidade e discricionariedade.

Dessa forma, faz-se necessário analisar as principais características da doutrina de Kelsen, evidentemente sem qualquer pretensão de esgotá-la, mas tão somente com a finalidade de identificar os elementos que justificam a sua ulterior desconstrução.

Com a finalidade de dar maior à forma de se conceber a racionalidade do sistema jurídico, propor os princípios e métodos à teoria jurídica, e entendendo que se faz necessário dar ao Direito uma autonomia científica própria, Kelsen se propõe a superar as contradições metodológicas até então existentes na livre interpretação do direito, caracterizadas por um frequente retorno aos parâmetros do direito natural ou mesmo pela aplicação de critérios de livre valoração.

Para tanto, o autor vale-se do princípio da pureza, que, segundo ele, deve ser aplicado tanto ao método como ao objeto do estudo, e cujo instrumento possibilitará excluir da ciência jurídica qualquer axiologia ou valores no mundo do direito, embora não negados pelo autor.<sup>151</sup> A premissa básica é o enfoque normativo, pois o direito deve ser visto como norma e não como fato social ou como valor transcendental.

Em sua obra *Teoria Pura do Direito*, observa-se uma concepção de ciência jurídica pela qual o autor pretendia ter alcançado, no Direito, os ideais de toda a ciência, quais sejam, a objetividade e a exatidão. Nessa toada, entende o autor que é necessária uma depuração, uma filtragem do objeto da ciência jurídica, de maneira a possibilitar a autonomia científica para a disciplina jurídica, que em suas concepções era desvirtuada pelos estudos sociológicos, políticos, psicológicos e filosóficos. O autor buscou atingir a autonomia disciplinar para a ciência jurídica e, para tanto, definiu o objeto da ciência do direito como constituído, em

---

<sup>151</sup> O autor introduz distinção fundamental entre Direito (constituído por normas jurídicas) e a Ciência do Direito (expressa nas proposições que descrevem as relações constituídas entre os fatos por meio das normas jurídicas. E tal como as leis naturais das ciências da natureza, também as proposições jurídicas são completamente alheias aos valores constituídos nas normas jurídicas que descrevem. A Teoria Pura do Direito é totalmente alheia a qualquer referência ao justo ou ao que deve ser; pergunta-se apenas pelo que é, sendo plenamente assumida por Kelsen como uma teoria do positivismo jurídico. (NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987. p.116).

primeiro lugar pelas normas jurídicas e, mediatemente, pelo conteúdo dessas normas, ou seja, pela conduta humana regulada por estas.<sup>152</sup>

O Estudo do direito deve ser desprovido de valores; e no que se refere à moral, ela é extrínseca ao ordenamento jurídico. Kelsen não ignora o conteúdo valorativo que informa o fato jurídico, mas entende que este fenômeno jurídico deve ser analisado pela Ciência do Direito de forma independente. Quanto às questões morais, estas devem ser objeto de estudo da Ética. Nessas circunstâncias, o raciocínio jurídico não deverá versar sobre o que é certo ou errado, sobre o que é virtuoso ou vicioso, sobre o que é bom ou mau, mas sim sobre o lícito e o ilícito, sobre o legal ou ilegal, sobre o válido e o inválido.

Para Kelsen, a diferenciação entre a moralidade e a juridicidade decorre de uma preocupação excessiva com a autonomia da ciência jurídica. Argumenta o autor que, ao se estar diante de um determinado Direito Positivo, deve-se dizer que este pode ser um direito moral ou imoral. Assim, um direito positivo sempre pode contrariar algum mandamento de justiça e nem por isso deixará de ser válido.<sup>153</sup>

A posição dos valores nas concepções de Direito em Kelsen está ligada à questão da validade. A norma é considerada válida não pelo fato de ser justa, ou muito menos pelo fato de ser eficaz a vontade que a institui, mas em razão de estar atrelada às normas superiores por vínculos de validade, numa série finita que desagua na *norma fundamental*.<sup>154</sup> A norma superior confere validade às normas inferiores, e a cadeia de validade encontra fundamento em uma norma fundamental, que se apresenta como fato produtor de normas, cuja essência é dinâmica, pressuposta, e na qual todo e qualquer conteúdo pode ser inserido no direito.

---

<sup>152</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.205.

<sup>153</sup> Ibid., p.207-208.

<sup>154</sup> A teoria da norma fundamental foi apresentada por Kelsen com o propósito de apontar soluções para a questão do fundamento último de validade das normas jurídicas. A norma fundamental não é positiva, mas prescreve a obediência aos editores da primeira Constituição histórica. Segundo explica o autor, ao se indagar, contudo, sobre a validade da Constituição – a norma jurídica de que decorre a validade das demais – ela deve forçosamente pressupor a existência de uma norma fundamental, que imponha a observância da mesma Constituição e das normas jurídicas por ela fundamentadas. Esta hierarquia abordada na teoria diz respeito ao fundamento de validade das normas, tendo como parâmetro a relação entre a regra que regula a produção de outra e a regra assim regularmente produzida. A norma que regula a produção é a norma superior e a norma produzida segundo as determinações daquela é a norma inferior. No topo dessa hierarquia encontra-se a norma fundamental, que mesmo hipotética, é a razão de validade de todo o sistema. A norma fundamental dá sustentação imediatamente as normas que regulam a produção de regras jurídicas gerais, e por sua vez, estas disciplinam a produção de outras regras, sucessivamente, até se consumir a hierarquia. (Ibid., p.212-213).

A norma fundamental não faz parte do sistema positivo, ela é um pressuposto, uma hipótese científica, uma condição do conhecimento do direito. Do mesmo modo não se confunde com a Constituição, que é o conteúdo estático desta norma<sup>155</sup>; mas é compreendida no sentido lógico-jurídico de Constituição, enquanto a Constituição vigente é entendida em sentido jurídico positivo.<sup>156</sup>

Com esse entendimento, transforma-se a ciência jurídica em uma ciência pura de normas, pois, para Kelsen, a norma não se confunde com o ato de vontade, nem sua existência dele depende, porque as normas valem, têm um valor, sendo a vontade do autor da norma apenas uma condição, mas não a sua razão essencial. Nessas condições, a justiça é inerente à lei, restando ao interprete e aplicador do direito verificar tão somente se a lei é válida formalmente, e não indagar acerca de questões de justiça ou correção de sua aplicação ao caso em concreto; deve o aplicador do direito estar ciente de que a norma fundamental que confere sentido de validade a todo o sistema é condição lógico-transcendente, desprovida de qualquer conteúdo valorativo.<sup>157</sup> Dessa forma, a aferição do conteúdo material do direito é decorrência da verificação da validade da norma diante de sua compatibilidade com a Constituição, ou seja, se determinado conteúdo foi positivado, deve ser entendido como reto e justo.

O conteúdo valorativo das normas era previamente fixado pelo legislador, de maneira que ao intérprete e aplicador do direito não era dada a possibilidade de indagação acerca do substrato axiológico da norma quando de sua aplicação concreta. Se a norma é válida, deve ser aplicada exatamente naquelas condições estabelecidas pelo legislador.

Ao se utilizar apenas uma razão teórica, o positivismo normativista tinha por objetivo agregar segurança jurídica ao direito, e, para, tanto excluía de seu âmbito questões de natureza moral e prática. O que importa para a ciência jurídica não é o ajustamento ou desajustamento moral do seu objeto, mas tão somente o seu conhecimento e a sua descrição. Questões de natureza prática, como a aplicação do direito pela Administração ou o julgamento pelo Judiciário, eram situadas num segundo plano. Dessa forma, a interpretação que um cientista do direito realiza consiste em um ato de conhecimento; já a interpretação que o Judiciário realiza é um ato de vontade.<sup>158</sup>

---

<sup>155</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.217-218.

<sup>156</sup> Ibid., p.221-222.

<sup>157</sup> Ibid., p.226-228.

<sup>158</sup> Ibid., p.388.

Outra característica marcante do positivismo de Kelsen é que o autor não vislumbra a possibilidade da existência de lacunas no ordenamento jurídico, por entender que o sistema possui conceitos e instrumentos suficientes e adequados para proporcionar a solução de quaisquer casos. Evidentemente que Kelsen reconhece que é possível que uma norma não contenha em si todas as hipóteses de sua aplicação. No entanto, afirma que nessas condições ela se apresenta como um quadro ou uma moldura, dentro do qual o intérprete contará com uma variedade de respostas. Kelsen parte do pressuposto de que existe no ato de interpretação e aplicação do Direito uma relativa indeterminação, e justamente por isso afirma que *mesmo uma ordem o mais pormenorizada possível tem de deixar àquele que a cumpre ou executa uma pluralidade de determinações a fazer*.<sup>159</sup>

É justamente no reconhecimento dessa possibilidade de preenchimento da moldura normativa pelo intérprete e aplicador do direito, que a discricionariedade se apresenta em patamar quase sem limites, ainda mais quando se observa que, para Kelsen, não necessariamente existe apenas uma resposta adequada/correta na norma individual (sentença), ou seja, podem existir várias, dentre as quais o aplicador do direito deverá escolher somente uma.

Observa-se de todo o exposto que o ponto central do positivismo é marcado pela busca da segurança jurídica, e no que se refere à questão da justiça, esta se apresenta sob o aspecto de sua validade, sob o prisma meramente formal. Ao intérprete e aplicador do Direito não é dada a faculdade de proceder à verificação de que os efeitos de sua decisão sejam justos ou injustos, bons ou ruins, cabendo-lhe tão somente verificar os aspectos relativos à validade, mesmo porque o sistema não possui qualquer pretensão de correção.

Partindo para a conclusão, cabe trazer à reflexão três considerações feitas por Ronald Dworkin, e que, segundo o autor, bem resumem a estrutura do positivismo: a) a crença de que o direito se apresenta como “um conjunto de regras especiais, que é utilizado pela comunidade, direta ou indiretamente, com a finalidade de determinar qual o comportamento será punido ou coagido pelo Poder Público”, cujas regras serão aferidas quanto a sua validade (*pedigree*); b) nas situações em que não se encontre dentro do direito (conjunto de regras) uma solução para determinado fato, o intérprete e aplicador da norma deve ir “além do direito na busca de algum outro tipo de padrão que o oriente na confecção de nova regra jurídica ou na complementação de uma regra jurídica já existente”; e c) afirmar “que alguém tem uma ‘obrigação jurídica’

---

<sup>159</sup> KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.388.

significa confirmar que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que ele exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. [...] Na ausência de tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica”.<sup>160</sup>

O positivismo jurídico pode ser entendido como a ciência dedicada ao estudo da legislação positiva, e que concentra a produção jurídica em uma única instância constitucional, a legislativa. Reconduz de maneira científica a totalidade da ordem jurídica a uma unidade, à lei, que concentra os direitos e a justiça, cuja simplificação faz com que o trabalho dos juristas, se resuma a encontrar a vontade do legislador, encarada como a única fonte legitimada a produção jurídica.

Nessa perspectiva, o direito se apresenta como um conjunto de normas jurídicas vigentes, produzidas pelo Estado, e encarado como um sistema previsível, coerente e perfeito, e que nessas condições se apresenta suficiente em si mesmo para solucionar quaisquer conflitos jurídicos. Dessa forma, resta ao intérprete e aplicador, numa atividade de subsunção, encontrar no próprio ordenamento jurídico a solução para os casos em concreto. A busca pela objetividade científica acaba por excluir o axiológico ou os valores no mundo do direito, já que a ciência jurídica fundava-se em juízos de fato e não de valor, e, assim, quaisquer discussões acerca de legitimidade, justiça ou moral, seriam estranhas ao direito.

A interpretação, nessas condições, trata-se de método mecanicista, fundamentado na crença da possibilidade de um julgamento neutro, imparcial e objetivo por parte do intérprete, que, repita-se, por mera subsunção estaria apto a “encontrar” o real sentido da norma.<sup>161</sup>

Essa forma de vislumbrar a atividade interpretativa, própria do positivismo jurídico, somente é possível quando se tem por premissa a ideia de que o sistema jurídico é composto única e exclusivamente por regras, as quais já estabelecem com precisão a conduta a ser adotada pelos destinatários. Portanto, dessa concepção pode-se afirmar que a doutrina positivista conferia aos princípios uma normatividade subsidiária, a eles atribuindo uma natureza supletiva ou integrativa.

---

<sup>160</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.27-28.

<sup>161</sup> Carlos Maximiliano bem resume essas condições: “Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que seu autor. Consideram-na como ‘disposição mais ou menos imperativa, materializada num texto, supremo do Direito’. Logo, ao intérprete incumbe apenas determinar o sentido objetivo do texto, a *vis ac potestas legis*; deve ele olhar menos para o passado do que para o presente, adaptar a norma à finalidade humana, sem inquirir da vontade inspiradora da elaboração primitiva”. (MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p.30-31).



Os princípios eram apenas utilizados para orientar o intérprete, e em especial o legislador, de maneira a garantir a homogeneidade na sucessão das leis. Nessas condições, os princípios penetram nas normas legais e também nos artigos da doutrina, ocupando, evidentemente, uma função supletiva ou interpretativa, como se fossem verdadeiros *estepes* à disposição do sistema jurídico. Não se apresentavam os princípios como direitos subjetivos e, dessa forma, não poderiam ser exercidos perante o Judiciário.<sup>162</sup>

Não há como se desconsiderar que o positivismo jurídico desempenhou uma função extremamente relevante na história, ao apresentar elementos fundamentais para que o Direito pudesse se estabelecer como ciência, para tornar possível uma maior segurança nas relações jurídicas, bem como por assegurar a liberdade dos indivíduos perante o Estado, ao manter os limites racionais aos arbítrios do poder.

No entanto, a história demonstra que diante dessa obsessão cega em reconduzir de maneira científica a totalidade da ordem jurídica a uma unidade, à lei, o positivismo esquivou-se de apresentar soluções que pudessem, diante da limitação e da fraqueza das normas, efetivamente promover e garantir a justiça.

Em face destas circunstâncias a sociedade acaba por perceber que não mais poderia aceitar uma lei tirânica, desvinculada dos ideais de moralidade e de justiça. Nessas condições, a doutrina volta as suas atenções no sentido de apresentar soluções que pudessem compatibilizar o direito com esses ideais, o que seria possível em um sistema aberto a regras, princípios e valores.

---

<sup>162</sup> Gustavo Zagrebelsky bem retrata a posição ocupada pelos princípios no positivismo jurídico: “As normas de princípio, contenedoras de fórmulas vagas, referências ético-políticas, formulavam promessas não realizáveis no momento; esconderiam, pois, um vácuo jurídico e ‘produziriam uma contaminação das verdadeiras normas jurídicas com afirmações políticas, proclamações de boas intenções, etc. Estas normas não poderiam ser alegadas perante um juiz, pois aumentariam a desconfiança no Direito”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Maria Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p.112).

### 3 O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Não há como se conceber no mundo ocidental a existência de um Estado Democrático de Direito desconectado de um constitucionalismo, e no qual se faça presente a ideia de submissão dos poderes públicos, inclusive o Poder Legislativo, a uma diversidade de normas superiores, que nas atuais Constituições atribuem uma nova dimensão aos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o “constitucionalismo contemporâneo”<sup>163</sup> se apresenta como *sistema jurídico*, como um conjunto de limitações e de vínculos, não somente formais, mas substanciais, que são impostos de maneira rígida a toda e qualquer fonte normativa pelas Constituições; já como uma *teoria do direito*, equivale a uma ideia de validade das leis “que não mais encontra seu fundamento apenas na conformidade das suas formas de produção à normas procedimentais sobre sua elaboração, mas também na coerência dos seus conteúdos com os princípios de justiça constitucionalmente estabelecidos”.<sup>164</sup>

Não se trata propriamente de superação do primeiro constitucionalismo de feições liberais, mas de um processo de continuidade com novas conquistas, que passam a integrar a estrutura dos Estados constitucionais a partir do segundo pós-Guerra, pois restou evidente que o constitucionalismo até então vigente, caracterizado pelo culto ao legislador, e ao império da lei (Estado Legal ou Estado Legislativo de Direito, privado de Constituição ou dotado de Constituição Flexível), não foi capaz de evitar a eclosão de regimes totalitários responsáveis por costumeiras violações a direitos fundamentais, proporcionando assim o surgimento de um novo marco filosófico, o pós-positivismo, que passa a orientar e reconstruir as bases do Direito Constitucional.

De maneira diversa do positivismo, na qual a objetividade científica acabava por excluir o axiológico do mundo do direito, passa-se a admitir que os valores sociais e jurídicos que envolvem todo o sistema constitucional possam ser objeto de interpretação, alterando

---

<sup>163</sup> A expressão “constitucionalismo contemporâneo” foi cunhada por Lenio Luiz Streck, é adotada neste trabalho para demonstrar que a partir do Segundo Pós-Guerra ocorre o redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da teoria do Estado e da Constituição, com o advento do Estado Democrático de Direito, e no plano da teoria do Direito, no interior da qual se dá a reformulação da teoria das fontes (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição); na teoria da norma (devido à normatividade dos princípios) e na teoria da interpretação (que representa uma blindagem às discricionariedades e aos ativismos). (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.67).

<sup>164</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

significativamente, na teoria e na prática, as formas de se conceber e interpretar a Constituição, de maneira a promover a eficácia dos direitos fundamentais.

Esse novo paradigma surge como forma encontrada para atender aos anseios dos indivíduos em ter suas relações jurídicas, em especial aquelas mantidas com o Estado, por uma norma fundamental que não se limite a ser um documento político, de boas intenções e desprovido de eficácia, mas que contemple as expectativas de um bom-viver, traduzindo de maneira autêntica os valores e desejos de um povo segundo o momento histórico, social e político. Esse novo constitucionalismo é responsável pela positivação dos direitos fundamentais e das políticas públicas nas Constituições, como forma de concretizar os objetivos fundamentais de uma determinada República.

No Brasil, essas concepções surtem seus efeitos de maneira tardia, com a democratização do país por meio da Constituição Federal de 1988. A partir de então, inicia-se um período de valorização formal e substancial do sistema constitucional brasileiro, em decorrência da atribuição de normatividade aos princípios e da inclusão de um extenso rol de direitos e garantias fundamentais.

O presente capítulo tem por finalidade apresentar uma sucinta análise das principais causas e os efeitos das transformações ocorridas no Direito Constitucional, sobretudo a partir da Segunda Grande Guerra. Para tanto, apresenta-se um breve resumo dos acontecimentos que marcaram a trajetória do constitucionalismo, levando em conta três aspectos fundamentais, quais sejam, o histórico, o filosófico e teórico, de maneira que se permita demonstrar as mudanças de paradigma que caracterizaram o pensamento doutrinário e jurisprudencial nesse período, que possibilitaram uma nova forma de conceber a Constituição, e também alteraram significativamente a interpretação jurídica em geral.

A seguir, dar-se-á especial destaque à supremacia constitucional, a expansão da jurisdição constitucional, e as suas estreitas relações com os direitos fundamentais. Ao mesmo tempo, intenta-se abordar o fenômeno da verticalização das fontes do Direito (a supremacia da lei cede lugar à onipresença da Constituição), e o efeito expansivo das normas constitucionais no Direito Administrativo, com a finalidade de demonstrar que a alteração do paradigma exige uma releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público sobre o particular, da discricionariedade administrativa e do controle jurisdicional dos atos da Administração.

Nesse sentido, serão apresentados os principais enfoques que tratam de uma nova concepção de legalidade como juridicidade administrativa, da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, bem como os elementos necessários para uma redefinição do

sentido da vinculação e da discricionariedade administrativa, em condições compatíveis com o Estado Constitucional, especialmente com os princípios da legalidade e da separação dos poderes.

O capítulo encerra com a demonstração da ampliação dos limites do controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, identificando quais os parâmetros mais adequados para este controle na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo.

### 3.1 UMA NOVA REALIDADE CONSTITUCIONAL

A doutrina do Estado de Direito, interpretada em conformidade com o positivismo jurídico, não dispensou a devida atenção à ocorrência de violações constitucionais aos direitos humanos. Embora o positivismo jurídico tenha proporcionado maior segurança nas relações jurídicas, bem como assegurado a liberdade dos indivíduos perante o Estado, ao impor os limites racionais aos arbítrios do poder, o fato é que não foi capaz de cumprir a principal finalidade do Estado de Direito, que é a concretização dos direitos fundamentais.

Não se desconhece que a doutrina já dispensava suas atenções no sentido de apresentar instrumentos que pudessem assegurar direitos aos indivíduos, mediante prestações positivas do Estado com o advento do constitucionalismo social, conforme demonstrado linhas atrás. O fato é que, mesmo que as Constituições tivessem estabelecido normas de conteúdo social e econômico, e que exigiam intervenção estatal, o grande problema residia na falta de sua eficácia e aplicabilidade.

Essa constatação decorre do fato de que o positivismo jurídico acabou por transformar os princípios constitucionais em simples pautas programáticas supralegais<sup>165</sup>, cujo conteúdo acabava por não ser concretizado pela jurisdição quando de seu descumprimento por parte do Estado. Essas condições exigiam soluções que garantissem a efetividade do conteúdo das Constituições, e assim recepcionar o novo Estado Democrático de Direito que se descortinava com o constitucionalismo social.

Os primeiros passos de um constitucionalismo “forte”<sup>166</sup>, voltado à concretização e efetivação dos direitos fundamentais, se dão a partir do Segundo Pós-Guerra, período ao qual

---

<sup>165</sup> BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.263.

<sup>166</sup> Está a se referir a uma normatividade forte, mais intensa, de caráter regulativo, pois a maior parte dos princípios constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, passam a atuar como regras, uma vez que, que nos dizeres de Ferrajoli, “implica a existência ou impõe a introdução de regras consistentes em proibições de lesão ou obrigações de proteção que são as suas respectivas garantias”. (FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

a doutrina frequentemente denomina (neo) constitucionalismo<sup>167</sup>, em que as preocupações não mais se resumiam em encontrar instrumentos de limitação aos poderes estatais, mas além de tudo no sentido de concretizar de maneira plena os direitos fundamentais. Para tanto, o direito deve ocupar-se com a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, ou nos dizeres de Lenio Luiz Streck,

Na verdade, houve uma pré-ocupação de ordem ético filosófica: a de que o direito deve ocupar-se com a construção de uma sociedade justa e solidária. Em outras palavras, o desafio “neoconstitucional” (lato sensu) tem sido o seguinte: como fazer com que o direito não fique indiferente às injustiças sociais? Como fazer com que a perspectiva moral de uma sociedade que aposte no direito como o lugar da institucionalização do ideal da vida boa não venha pretender, em um segundo, “corrigir” a sua própria condição de possibilidade, que é o direito como sustentáculo do Estado Democrático?<sup>168</sup>

O direito deixa de ser meramente regulador, e passa a assumir a função de transformador das relações sociais, o que pode ser constatado nos textos da Constituição da Itália, em 1947, e da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, em 1949, caracterizadas como o referencial de um novo constitucionalismo. Inicialmente, considerada como uma ordem provisória, com o tempo a Constituição alemã passa a demonstrar o seu caráter duradouro,

---

<sup>167</sup> Como forma de identificar esse novo paradigma no Direito Constitucional, a doutrina utiliza-se de expressões como “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo contemporâneo”, “constitucionalismo”, para caracterizar o modelo jurídico-político que passa a identificar o Estado Constitucional contemporâneo. Essa nova forma de reflexão e aplicação do Direito Constitucional passa a figurar em diversos sistemas constitucionais a partir do Segundo Pós-Guerra, e ao longo da segunda metade do século XX, cujos sistemas se caracterizam por apresentar funções que se contrapõem àquelas até então desempenhadas pelas Constituições no contexto da modernidade jurídica, de maneira a tentar reduzir o distanciamento existente entre a democracia e o constitucionalismo. Segundo Luis Pietro Sanchís, são expressões utilizadas pela doutrina para referir-se a distintos aspectos de uma nova cultura jurídica, baseada, em quatro significados principais: “Em primeiro lugar, o constitucionalismo pode significar certo tipo de Estado de Direito, designando, portanto o modelo institucional de uma determinada forma de organização política. Em segundo lugar, o constitucionalismo também é uma teoria do direito, mais concretamente aquela teoria apta para descobrir ou explicar as características do referido modelo. Também o constitucionalismo é compreendido como uma ideologia ou filosofia do direito que justifica ou defende a fórmula assim designada. Finalmente, o constitucionalismo se projeta, em determinadas ocasiões, sobre um amplo capítulo que, em sentido amplo, refere-se à filosofia jurídica, afeta a questões conceituais e metodológicas sobre a definição do direito, o *status* do seu conhecimento ou a função do jurista; isto é, questões como a conexão, necessária ou contingente, do direito e da moral, a obrigação de obediência, a neutralidade do jurista, ou a perspectiva adequada para empreender uma ciência jurídica”. (SANCHÍS, Luís Pietro. **Jurista constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trotá, 2003. p.101-102 - tradução livre). Segundo Lenio Luiz Streck, no caso da teoria do direito, é possível elencar uma série de autores, espanhóis e italianos principalmente, que procuram enquadrar a produção intelectual sobre o direito desenvolvida a partir do Segundo Pós-Guerra como neoconstitucionalismo, termo que usam para se referir a um modelo que já não professa mais as mesmas ideias sobre a fundamentação, a interpretação e a aplicação do direito concebidas no contexto do primeiro constitucionalismo e do positivismo predominante até então. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo**. Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>>. Acesso em: 12 abr. 2016).

<sup>168</sup> STRECK, loc. cit.

não só em razão do período em que vigorou, mas especialmente pelo fato de que durante o tempo “de sua validade, suas formas dos princípios da democracia liberal, do estado de direito social e do estado federal, em especial, todavia, dos direitos fundamentais, em ampliação e consolidação, ganharam configuração concreta e lançaram raízes”.<sup>169</sup>

Logo em seu início (artigos 1.º e 2.º)<sup>170</sup>, a Constituição alemã vinculou juridicamente os direitos fundamentais, incorporando princípios que a transformaram num referencial para o surgimento de um novo paradigma constitucional em diversos países da Europa, e mais tarde para os países latino-americanos. A partir desse momento histórico, tem início uma fértil produção teórica e jurisprudencial que, segundo Luís Roberto Barroso, foi responsável pela ascensão científica do Direito Constitucional, especialmente no âmbito dos países de tradução romano-germânica<sup>171</sup>, e que acabaria por influenciar os movimentos de redemocratização e constitucionalização de países como Portugal, Grécia e Espanha, como também outros países da América Latina.

No Brasil, esse novo paradigma constitucional vem a ocorrer no momento da reconstitucionalização do país, com a Constituição de 1988, e possibilitou a passagem do regime autoritário para um Estado Democrático de Direito.

No caso da experiência brasileira, e mesmo latino-americana, a abertura das Constituições a princípios e a incorporação do valor da dignidade humana demarcaram a feição das Constituições promulgadas ao longo do processo de democratização política – até porque tal feição seria incompatível com a vigência de regimes militares ditatoriais. Nesse sentido, “basta acenar à Constituição brasileira de 1988, em particular à previsão inédita de princípios fundamentais, destacando-se dentre eles o princípio da dignidade da pessoa humana”.<sup>172</sup>

Esse novo modelo jurídico-político que passa a representar os Estados Democráticos de Direito da contemporaneidade, não se apresenta como superação do constitucionalismo até então vigente, mas se refere a um processo de continuidade com novas conquistas que passam

---

<sup>169</sup> HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. 20.ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p.7-8.

<sup>170</sup> Art. 1. A dignidade da pessoa humana é inviolável. Toda autoridade pública terá o dever de respeitá-la e protegê-la. Art. 2. Com isso, o Povo Alemão declara invioláveis e inalienáveis os direitos da pessoa humana, como fundamento de toda a comunidade humana, da paz e da justiça do mundo. (Disponível em: <<http://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

<sup>171</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.223.

<sup>172</sup> PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.132, jan./dez. 2004.

a integrar a estrutura do Estado Constitucional no período que se sucede à Segunda Grande Guerra Mundial.

Nesse sentido, o Constitucionalismo contemporâneo representa um redimensionamento na práxis político-jurídica, que se dá em dois níveis: no plano da *Teoria do Estado e da Constituição*, a passagem do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito; e, no plano da *Teoria do Direito*, ocorre em seu âmbito a reformulação da teoria das fontes, da teoria da norma e da teoria da interpretação.<sup>173</sup>

No que se refere à *teoria das fontes*, apresenta-se como uma nova forma de visualizar, pensar e interpretar a Constituição, que passa a ser o centro do ordenamento jurídico, deixando de ser considerada como um diploma com valor simplesmente programático, ou até mesmo como um sistema de recomendações e orientações dirigidas ao legislador, e passa a operar com normatividade, eficácia direta e imediata; um pressuposto indispensável à efetividade do direito em toda a sua manifestação pública ou privada. A Constituição “deixa de ser pensada como um esquema homogêneo de uma classe dominante, mas sim enquanto um esquema heterogêneo de uma sociedade plural e democrática”.<sup>174</sup>

Quanto à *teoria da norma*, devido à positivação dos princípios, passam eles a contar com normatividade própria, eficácia direta e imediata assumindo função significativa na concretização dos direitos fundamentais<sup>175</sup>, refletindo significativamente na *teoria da interpretação*, dada a exigência de novas técnicas, além da subsunção, para a interpretação e aplicação das normas constitucionais dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, fundamentadas em princípios democráticos.<sup>176</sup>

---

<sup>173</sup> STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: o constitucionalismo contemporâneo**. Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

<sup>174</sup> GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación como derecho**. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p.41.

<sup>175</sup> O reconhecimento da normatividade jurídica dos princípios como uma qualidade contemporânea do constitucionalismo é destacado na doutrina de Carmem Lúcia Antunes da Rocha, nos seguintes termos: “A normatividade jurídica dos princípios constitucionais é uma qualidade contemporânea do Direito Constitucional. Se é certo que o constitucionalismo moderno – como todo e qualquer sistema normativo-jurídico- sempre teve princípios magnos fundamentais, é identicamente correto afirmar que a principiologia constitucional nem sempre foi considerada dotada de vigor jurídico definitivamente impositivo, mas muito mais sugestivo ou meramente informativo para efeito de hermenêutica da Constituição. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais foi sendo construída a partir da idéia de ser a Constituição uma lei e, como tal, carregada da coercitividade que domina todas as formas legais. Daí que os princípios fundamentais foram crescendo em importância e eficiência nos últimos séculos, até adquirir foros de ordem definitiva e definidora de todas as regulações jurídicas”. (ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994. p.42).

<sup>176</sup> STRECK, op. cit.

Essas transformações acabam por promover uma radical mudança no paradigma do constitucionalismo, possibilitando de forma bem-sucedida a transformação do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito.

Esse novo paradigma constitucional consiste na reaproximação entre a ciência jurídica e a filosofia do direito. Como proposta científica, Luís Roberto Barroso afirma que “o marco filosófico do novo direito constitucional, é o pós-positivismo, decorrente de duas correntes de pensamento que oferecem paradigmas opostos para o Direito: O jusnaturalismo e o positivismo”.<sup>177</sup>

O jusnaturalismo moderno ou racional<sup>178</sup>, desenvolvido a partir dos séculos XVI e XVII, caracterizado por aproximar a lei da razão, acabou por transformar-se na filosofia natural do Direito. O pensamento jurídico reside na convicção da existência de princípios de justiça universalmente válidos, e de que todo fundamento do sistema jurídico se encontra na estrutura de uma razão humana. Propugnava-se a existência de alguns direitos naturais individuais que, devido ao fato de serem pré-políticos, não diziam respeito à esfera pública, limitando-se às relações privadas.

Essas concepções jusnaturalistas, no sentido da defesa dos direitos individuais, acabam sendo fundamentais para desencadear e, até mesmo, orientar os ideais revolucionários, inclusive forjando um novo conceito de Constituição, que a partir de então passa a significar a expressão da vontade da nação e a limitação dos poderes absolutistas. No entanto, seus argumentos foram considerados metafísicos e anticientíficos<sup>179</sup>, e, como tal, inadequados em face da constatação de que a ordem jurídica deve ser compreendida em sua dimensão empírica e, dessa forma, vinculada ao plano histórico-cultural da convivência humana. Nesse sentido, o jusnaturalismo acaba, dialeticamente, por transformar-se numa afirmação do positivismo jurídico.<sup>180</sup>

Por sua vez, o positivismo trazia consigo a concepção de que a lei é válida desde que decorrente de um procedimento regular, indiferente ao seu conteúdo, significando que não

---

<sup>177</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p.247.

<sup>178</sup> Utiliza-se a expressão “jusnaturalismo moderno” para caracterizar àquele que atribui à razão humana o fundamento do sistema jurídico, e não à revelação religiosa ou a esfera metafísica do cosmos, como ocorria na Grécia antiga.

<sup>179</sup> BARROSO, op. cit., p.247.

<sup>180</sup> Essa é a constatação feita por Norberto Bobbio: “Com a promulgação dos códigos, principalmente do napoleônico, o jusnaturalismo exauria a sua função no momento mesmo em que celebrava seu triunfo. Transposto o direito racional para o código, não se via nem admitia outro direito senão este. O recurso a princípios ou normas extrínsecos ao sistema do direito positivo foi considerado ilegítimo”. (BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; Coord. Tradução de João Ferreira; Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v.1. p.659).



existe qualquer relação entre o direito e a moral, ou seja, para o positivismo uma completa separação entre eles.<sup>181</sup>

Essa concepção jurídica, que neutraliza o sentido político do Estado de Direito, e que descarta qualquer caracterização como sendo o Estado limitado à razão e pelos direitos naturais, foi potencializada ao final do século XIX no positivismo jurídico e encontrou em Kelsen o seu maior expoente. O Direito passa a ser a manifestação da vontade humana, obrigatoriamente expressada por meio de atos emanados pelo Parlamento, ou seja, equipara-se o direito à lei. Consolida-se a ideologia de que o positivismo jurídico seria uma via democrática da aplicação do direito, na maneira em que se buscava excluir de seu campo de investigação qualquer referência a juízos de valor do direito natural, e a tudo o que dizia respeito à moral, à política ou ideologia, cujo pensamento tornou-se o paradigma dominante no mundo ocidental.

Em sua “teoria pura do direito”, Kelsen eleva o Direito ao patamar de ciência, incorporando métodos científicos com o intuito de alcançar o mesmo grau de objetividade das ciências físicas e, para tanto, eliminou do campo de atuação do Direito qualquer investigação acerca de juízos de justiça, de equidade, de política e de ideologia. Assim, a ciência do direito deveria se preocupar com as condições de legalidade, de validade dos atos jurídicos e de sua conformidade com as normas.<sup>182</sup>

No entanto, passou-se ao entendimento de que o fenômeno jurídico não poderia se sustentar tão somente na manutenção de um conjunto formal de regras jurídicas, desvinculadas da realidade da vida e dos valores, como até então vinha sustentando o idealismo que caracterizou as diversas concepções positivistas, e que defendiam o afastamento social e a exclusão de qualquer conteúdo ético do Direito.

Em decorrência da superação do jusnaturalismo e das limitações estabelecidas pelo positivismo, as preocupações se voltam a formular novas propostas que possam fundamentar e legitimar o Direito, de maneira a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões (normativa, fática e valorativa) e a realização ordenada da justiça no espaço das relações sociais.<sup>183</sup>

---

<sup>181</sup> Como bem observado por Robert Alexy: “Todas as teorias positivistas defendem a tese da separação. Esta determina que o conceito de direito deve ser definido de modo que não inclua elementos morais. A tese da separação postula que não existe nenhuma conexão conceitualmente necessária entre o direito e a moral, entre aquilo que o direito ordena e aquilo que a justiça exige, ou entre o direito como ele é e como ele deve ser. O grande positivista jurídico Hans Kelsen resumiu essa ideia na seguinte fórmula: ‘Por isso, todo e qualquer conteúdo pode ser direito’”. (ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.3).

<sup>182</sup> PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p.23.

<sup>183</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo**. São Paulo: Saraiva, 2009. p.247

Essa nova fase de reflexão do conhecimento jurídico é caracterizada pela busca da reconstrução dos laços entre o direito, a ética e a justiça, de maneira a reaproximar o fenômeno jurídico das exigências de uma nova realidade social e econômica, como bem observado por Ricardo Lobo Torres:

O que se observa nos últimos anos é a mudança de paradigmas jurídicos que implica a reaproximação entre direito, ética e justiça, bem como a preeminência dos princípios jurídicos no quadro do ordenamento, emergindo um modelo pós-positivista que consagra os direitos fundamentais enunciados pela principiologia constitucional, incorporando representações de valores da liberdade, igualdade e dignidade de todos os seres humanos.<sup>184</sup>

É importante mencionar que nesse novo paradigma, a reaproximação da ética e da moral ao direito não está vinculada à noção metafísica e aos voluntarismos que caracterizaram o direito natural. Esse processo ocorreu por meio da positivação dos princípios, dotados agora de normatividade, bem como de cláusulas gerais que se encontram presentes no conteúdo das leis positivadas, e que possibilitam ao intérprete a análise no caso concreto numa ideia de justiça. Nessas condições, diferentemente do positivismo, os princípios deixaram de ter aplicação secundária no sentido de sanar lacunas, passando a ter relevância jurídica na realização dos direitos.<sup>185</sup>

Os princípios, que antes possuíam função supletiva ou interpretativa, adquirem normatividade, e nessas condições exigem uma radical mudança no processo de interpretação e aplicação do direito. E esse processo passou a ser caracterizado pela impossibilidade de nele serem utilizados os instrumentais teóricos e metodológicos do positivismo jurídico – notadamente a técnica da subsunção – para a interpretação e aplicação das normas constitucionais dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, fundamentadas em princípios democráticos, pressupondo a recuperação do fundamento axiológico para o Direito.

Essas novas técnicas de interpretação e aplicação das normas constitucionais (a exemplo da ponderação, da proporcionalidade, da razoabilidade e da maximização dos efeitos normativos

<sup>184</sup> TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p.17.

<sup>185</sup> A referência ao tempo em que aos princípios eram destituídos de força normativa e ao atual reconhecimento de sua força normativa também são encontrados na doutrina de Marino Pazagglini Filho, segundo o qual, “Em passado recente, os princípios constitucionais eram tidos como meras normas programáticas, destituídas de imperatividade e aplicabilidade incontinente. Presentemente, os princípios constitucionais ostentam denso e superior valor jurídico, ou melhor, são normas jurídicas hegemônicas em relação às demais regras do sistema jurídico, de eficácia imediata e plena, imperativas, vinculantes e coercitivas para os Poderes Públicos e para a Coletividade”. (PAZAGGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003. p.11).

dos direitos fundamentais) partem do pressuposto de que é necessário superar a dicotomia entre os paradigmas do jusnaturalismo e do juspositivismo, pois a almejada incorporação dos valores ao Direito pressupunha o descarte de determinados elementos que caracterizavam o positivismo.

A concepção até então aceita era no sentido de que os textos legais trazem em si sentidos absolutos, previamente dados pelo legislador, que efetua uma escolha moral em nome da sociedade à qual representa. Nessa condição, ao intérprete nada mais caberia senão identificar os sentidos inseridos nos textos legais, investigando a vontade do legislador. Em outras palavras, uma concepção marcadamente positivista do Direito, que parte do pressuposto de que se faz necessária a convicção de que as normas trazem em si um significado, de maneira que a atividade do intérprete está limitada a identificá-lo, com o que se espera conferir maior segurança às relações, na medida em que se restringe a possibilidade de variações no processo interpretativo.

Rompendo com a postura positivista, Chaïm Perelman faz uma análise da justiça sob a óptica da lógica formal e concebe o ordenamento jurídico firmado sobre uma pauta valorativa. Segundo o autor, a espinha dorsal da teoria da argumentação era o problema da justiça. Considera que os valores e as normas fundamentais que orientam as ações humanas não são passíveis de vinculação a qualquer racionalidade, uma vez que são decorrentes da produção humana e, como tal, permeados por interesses e paixões logicamente indetermináveis, e, por isso, arbitrários.<sup>186</sup> Dessa forma, embora não reconheça a justiça como um valor absoluto, Perelman a considera como fruto da vontade humana.

Já a partir do início da segunda metade do século XX, o autor procura demonstrar as insuficiências do raciocínio lógico formal que caracterizava as doutrinas juspositivistas. Para o autor, o positivismo sob suas variadas maneiras de expressão, quando busca justificar uma epistemologia que favorece, invariável e exclusivamente os métodos científicos, termina por chegar a uma compreensão que retém tão somente os aspectos do real que os métodos das ciências positivas permitem reconhecer. Apegando-se à compreensão do Direito em bases estritamente científicas, afasta-se da análise dos elementos racional e social que o compõem, afirmando que nesse fato residiria a prova da “natureza insuficiente da construção kelseniana que faz a validade de toda regra de direito depender de sua integração num sistema

---

<sup>186</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ernantina Galvão. 4.<sup>a</sup> tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.397.

hierarquizado e dinâmico, cujos elementos tirariam, todos, sua validade de uma norma suprema pressuposta”.<sup>187</sup>

Para Perelman, deve existir correlação entre o Direito e a moral, um paralelo fundamental que deve ser levado em consideração quando da solução dos litígios, de maneira a acrescentar ao Direito o elemento “valor”, condição de extrema relevância na hermenêutica jurídica contemporânea. Como consequência desse raciocínio, considera que a sistemática do Direito não pode se limitar a um conjunto de regras jurídicas com sentido e alcance desvinculados do contexto político e social, mas antes, subordinadas a certas finalidades e que devem ter em conta determinados valores, em função dos quais serão entendidas. Nesse sentido, a atividade hermenêutica deve levar em consideração a necessária busca dos valores que devem ser concretizados, cabendo ao intérprete identificar o real sentido e alcance mais adequados que podem ser atribuídos aos textos legais, capazes, assim, de viabilizar a plena expressão daqueles.<sup>188</sup>

Nessas condições, Perelman apresenta a proposta de uma “nova retórica”, que busca reformular o pensamento jurídico contemporâneo, desvinculando-o do pensamento positivista, ou seja, o jurista não deve pensar nos fatos exclusivamente com o conteúdo literal da lei, mas, sim, pensar nos fatos como situações passíveis de valoração que se revelam por meio do discurso e da prática judiciária.

O estudo desenvolvido por Perelman incide sobre o raciocínio jurídico, o raciocínio decisório, ou seja, o poder de dizer que o direito está no poder do juiz. Com esse princípio fundamental é que Perelman busca afirmar que a lógica jurídica difere das demais formas de lógica, por ser uma lógica dialética ou argumentativa. Sendo assim, não é dedutiva, não é rígida nem abstrata dos fatos que analisa. Para o autor, todo o raciocínio jurídico é traçado em meio a fatos concretos do dia a dia, sejam eles fatos sociais, políticos, ou de outra natureza, e dos quais surgem as decisões que regulam cada caso concreto em particular.

Com essas premissas, o autor apresenta a proposta de que, na ausência de técnicas reconhecidas de forma unânime, deve-se recorrer a raciocínios dialéticos e retóricos, que têm por finalidade estabelecer um acordo sobre os valores e sua aplicação.

Essas concepções também se fizeram presentes na jurisprudência, como se pode constatar por meio de duas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, citadas por

---

<sup>187</sup> PERELMAN, Chaim. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ernantina Galvão. 4.<sup>a</sup> tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.397.

<sup>188</sup> PERELMAN, loc. cit.

Robert Alexy. A primeira, do ano de 1968, tornou nulo um decreto editado com motivações racistas no ano de 1942, aos seguintes argumentos:

O direito e a justiça não está à disposição do legislador. A ideia de que um legislador constitucional tudo pode ordenar a ser bel-prazer significaria um retrocesso à mentalidade de um positivismo legal desprovido de valoração, há muito superado na ciência e práticas jurídicas. [...] Esse decreto tampouco se tornou eficaz por ter sido aplicado durante alguns anos [...] uma vez estabelecida, uma injustiça que infrinja abertamente os princípios constituintes do direito não se torna direito por ser aplicada e observada.<sup>189</sup>

A segunda decisão, datada do ano de 1973, apreciou em grau de recurso um acórdão proferido pelo Supremo Tribunal de Justiça que decidia *contra legem*, evidenciando a admissibilidade da atuação criativa da magistratura pelo Tribunal Constitucional alemão:

A vinculação tradicional do juiz à lei, um elemento sustentador do princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, do Estado de Direito, foi modificada na Lei Fundamental, ao menos em sua formulação, no sentido de que a jurisprudência está vinculada à “lei e ao direito” (art. 20, § 3.º). Com isso, segundo o entendimento geral, rejeita-se um positivismo legal estrito. A fórmula mantém a consciência de que, embora, em geral, lei e direito coincidam faticamente, isso não acontece de maneira constante nem necessária. O direito não é igual a totalidade das leis escritas.<sup>190</sup>

Não há como se desconsiderar que, embora a doutrina e a jurisprudência já difundissem as ideias contrárias ao positivismo, alguns juristas ainda mantiveram-se firmes em suas convicções e na defesa do positivismo, como se pode observar em Norberto Bobbio, que, mantendo firme as suas posições liberais, promove a defesa do caráter avalorativo do direito e de algumas concepções do positivismo.<sup>191</sup>

O autor analisa o positivismo jurídico como abordagem avalorativa do Direito, partindo da concepção do positivismo jurídico como postura científica ante o direito, ou seja, juízo de validade e juízo de valor. Busca o autor demonstrar o esforço em se transformar o estudo do direito em verdadeira ciência, com as características das ciências físico-matemáticas, naturais e sociais, ou seja, tendo em vista a avaloratividade que distingue juízos de fato e juízos de

---

<sup>189</sup> ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p.7-8.

<sup>190</sup> ALEXY, loc. cit.

<sup>191</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

valor. Nesse sentido, o positivismo busca excluir os juízos de valor para que assim se aproxime mais da realidade, do fato em si, da realidade, da objetividade e da precisão.<sup>192</sup>

No entanto, isso não impediu que lentamente fosse se estabelecendo uma nova teoria jurídica para um constitucionalismo que acabava de eclodir, mesmo porque, segundo Susanna Pozzolo, a perspectiva do novo constitucionalismo exigia uma concepção jusfilosófica precisa que se caracterizasse por ser constitucionalista (por inserir-se na concepção jusfilosófica voltada à formulação e predisposição de limites jurídicos ao poder político) e também antipositivista.<sup>193</sup>

Dessa forma, a partir da segunda metade do século XX, constata-se que essas novas concepções político-jurídicas estariam em melhores condições de enfrentar as recentes e complexas questões surgidas com as constituições modernas, e, assim, passam a servir de alicerce para a edificação teórica mais consistente de um novo paradigma.

### 3.2 ASPECTOS QUE CARACTERIZAM O CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

Valendo-se das considerações tripartites apresentadas por Norberto Bobbio para caracterizar os aspectos fundamentais do positivismo jurídico<sup>194</sup>, é possível vislumbrar o constitucionalismo contemporâneo como uma *ideologia, um método e uma teoria*.

Como *ideologia*, ele distingue-se de certa forma da ideologia constitucionalista até então vigente, porquanto suas atenções não se voltam especificamente para o objetivo de limitar os poderes estatais (objetivo central do constitucionalismo dos séculos XVII e XIX), mas preponderantemente para a garantia dos direitos fundamentais. E isso é perfeitamente explicado, nos dizeres de Comanducci, pelo fato que o poder estatal nos ordenamentos democráticos da contemporaneidade não mais é encarado com temor ou suspeita pela nova ideologia, que passa a enxergar o Estado como o agente concretizador dos direitos e das garantias fundamentais, em especial aqueles de índole prestacional.<sup>195</sup>

Esse novo constitucionalismo ideológico confere um destaque especial aos mecanismos institucionais de tutela dos direitos fundamentais, e as exigências de que as atividades legislativa e judiciária do Estado estejam diretamente vinculadas à concretização, atuação e garantia dos

---

<sup>192</sup> BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995..

<sup>193</sup> POZZOLO, Susanne. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003. p.27.

<sup>194</sup> BOBBIO, op. cit.

<sup>195</sup> COMANDUCCI, Paolo. **(Neo)Constitucionalismo**: un análisis metateórico. Biblioteca Virtual Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Disponível em: <[http://http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2016.

direitos fundamentais positivados nas Constituições. E mais, impõe-se aos poderes do Estado uma obrigação não só legal, mas também moral de sujeição à Constituição e a todas as leis que com ela estejam em conformidade.

Assim, considerando que o Constitucionalismo contemporâneo adota o modelo axiológico de Constituição como norma, sua ideologia estabelece uma defesa extremada de interpretação constitucional, diferenciada da interpretação da lei, de maneira a acentuar o papel dos princípios constitucionais.

Como constitucionalismo *metodológico*, diferentemente de grande parte da doutrina positivista metodológica, que afirma a tese de que sempre é possível identificar e descrever o direito como é, e distingui-lo do direito como deveria ser, atua o novo constitucionalismo como um elo que possibilita novamente reatar o direito com os padrões éticos e morais.<sup>196</sup>

Por fim, como *teoria*, o Constitucionalismo contemporâneo representa uma nova opção em relação à teoria juspositivista tradicional, pois as transformações constitucionais que orientam os sistemas jurídicos contemporâneos não mais se compatibilizam com os paradigmas do estatismo, da centralidade da lei e do formalismo interpretativo que permeavam o juspositivismo. Nessas condições, adota-se não somente um modelo descritivo, mas também em especial axiológico da norma constitucional, focando sua análise na função que passa a assumir a Constituição.<sup>197</sup>

Portanto, se, por um lado, o Constitucionalismo contemporâneo se apresenta como um processo de agregação com relação ao primeiro constitucionalismo, por outro, há uma evidente ruptura com os postulados hermenêuticos vigentes desde o final do século XIX, que tiveram seu apogeu durante a primeira metade do século XIX, especificamente em temas como: a exclusão de valores morais da Constituição, decorrente da redução do direito à lei; a imposição de restrições à atividade jurisdicional do Estado e de sua sujeição ao legislador, de maneira a impor aos juizes o método de subsunção, característico do positivismo; a formalidade

---

<sup>196</sup> Ou nas palavras de Comanducci: “O neoconstitucionalismo metodológico argumenta ao contrário - pelo menos a respeito de situações de direito constitucionalizado, onde os princípios constitucionais e os direitos fundamentais constituiriam uma ponte entre direito e moral – a tese da conexão necessária, identificativa e/ou justificativa, entre direito e moral”. (COMANDUCCI, Paolo. **(Neo)Constitucionalismo**: un análisis metateórico. Biblioteca Virtual Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Disponível em: <[http://http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2016).

<sup>197</sup> Mesmo referindo-se ao termo *neoconstitucionalismo*, diversa não é a conclusão de Peña Freire, ao afirmar que “o neoconstitucionalismo teórico ou como teoria do direito, pretende descrever as mudanças que a constitucionalização trouxe aos conceitos básicos da teoria do direito, ou seja, mudanças no conceito de direito, de norma, de hierarquia normativa, de interpretação etc.”. (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n.22, p.25, jul./dez. 2003 - tradução livre)

do constitucionalismo liberal e sua omissão no que se refere à concretização dos direitos fundamentais, impingindo-lhe um caráter não democrático, a ponto de conviver, por exemplo, com a exclusão política baseada em critérios econômicos, de sexo, raça, dentre outros.

Diferentemente desses postulados hermenêuticos, o Constitucionalismo contemporâneo é caracterizado pela onipresença, nas Constituições, de um extenso rol de direitos fundamentais, de princípios e regras, e por algumas peculiaridades no que diz respeito à interpretação e aplicação das leis, em decorrência da modificação das fontes do direito.

Utilizando-se como base esses postulados, em especial o teórico, é possível identificar três características significativas do Constitucionalismo contemporâneo que o distingue do constitucionalismo tradicional, e que possibilitaram o surgimento de um novo paradigma quanto à forma de se conceber, interpretar e aplicar o Direito Constitucional, que, na visão de Luís Roberto Barroso<sup>198</sup>, são as seguintes: a) o reconhecimento da força normativa da Constituição; b) a expansão da jurisdição constitucional; e c) o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional.

### 3.2.1 Normatividade e centralidade da Constituição

Reconhecer a força normativa da Constituição pressupõe admitir que, além de ser um simples documento político que expressa *os fatores reais do poder*<sup>199</sup>, ela detém imperatividade e força vinculante, ou seja, pressupõe o reconhecimento da aplicabilidade e efetividade plena das normas contidas na Carta Magna de um Estado<sup>200</sup>, partindo-se da premissa da supremacia da Constituição.

Ocorre que o reconhecimento da supremacia da Constituição não se compatibiliza com a ideia da supremacia do parlamento, fato que talvez explique o completo desinteresse da burguesia que dominou a Revolução Francesa em apresentar mecanismos que pudessem resguardar a incolumidade da ordem constitucional, e que acabaram por reduzir consideravelmente o papel do Poder Judiciário na interpretação e aplicação do conteúdo da Constituição.

---

<sup>198</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

<sup>199</sup> LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980. p.18.

<sup>200</sup> O princípio da efetividade foi apresentado por Konrad Hesse, que afirmava que toda norma contida na Constituição deve ser revestida de um mínimo de eficácia, pena de figurar “letra morta em papel”. Para o autor, a Constituição não configura apenas o “ser” (os princípios básicos que orientam a formação do Estado), mas um dever ser, ou seja, a Constituição deve incorporar em seu bojo a realidade jurídica do Estado, estando conexas com a realidade social. (HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p.26).



Com efeito, a partir da segunda metade do século XVIII, cresce no continente europeu os movimentos liberais, que restaram caracterizados, de um lado, pelo enaltecimento do princípio da supremacia da lei e do legislador e, de outro, pelo pouco valor jurídico atribuído às Constituições, que nessas condições, além de não terem função de limite ou de garantia, não poderiam restringir a expressão do povo soberano.<sup>201</sup>

Com a Revolução Francesa, o povo demonstra claramente que o seu objetivo não era o de manter o regime absolutista com a simples superação das suas falhas, mas a sua superação, e, dessa forma, ascender ao poder. O povo não poderia ser apenas o autor da Constituição, mas tinha de ser soberano, sem se deixar travar pela Constituição. Nessas circunstâncias, impossível o reconhecimento de uma Constituição dotada de força normativa, porquanto possibilitaria a limitação aos interesses da burguesia que acabava de assumir o poder político, tornando-se os novos soberanos. O Poder Legislativo é, nessas condições, fortalecido pela supremacia da lei, com o objetivo claro de manter o *status quo* pós-revolucionário e o grupo dominante no poder.

Com as novas propostas do constitucionalismo contemporâneo, emergidas a partir do Segundo Pós-Guerra, essas concepções sofrem uma radical mudança. Com a promulgação das Constituições da Alemanha (1949) e da Itália (1947), e com a instalação do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (1951) e da Corte Constitucional Italiana em 1956, o reconhecimento da força normativa da Constituição passou a ser uma premissa para aqueles que se propõem a pensar, interpretar e aplicar a Constituição, na perspectiva do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições.<sup>202</sup>

Dentre as diversas alterações ocorridas no paradigma constitucional a partir da segunda metade do século XX, passou-se a atribuir à norma constitucional a condição de norma jurídica. Produz-se uma significativa mudança no constitucionalismo vigente, que até então visualizava a Constituição como um mero documento político entregue à livre disposição dos Poderes Estatais, e no qual a concretização das propostas constitucionais (em especial no que se refere à efetividade dos direitos fundamentais) estava sujeita à discricionariedade do legislador e do administrador, mesmo porque pouca ou quase nenhuma tarefa era reservada ao Poder Judiciário na realização do conteúdo da Constituição.

---

<sup>201</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007. p.186.

<sup>202</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

Esse novo modelo jurídico-político que passa a representar o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo, propõe a superação do constitucionalismo tradicional, uma nova forma de visualizar, pensar e interpretar a Constituição. A Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, seu texto adquire densidade jurídica e suas disposições passaram a ostentar os atributos da normatividade direta e efetiva, imperatividade e superioridade jurídica, pressupostos indispensáveis à efetividade do direito em toda a sua manifestação, pública ou privada.<sup>203</sup>

No que se refere aos princípios, que até então possuíam uma função supletiva ou interpretativa, estes adquirem normatividade e exigem uma radical mudança nos processos de interpretação e aplicação do direito. Além do método da subsunção, passam a contar com novas técnicas interpretativas, que possibilitam a maximização dos efeitos normativos dos direitos fundamentais, cuja concretização acaba por enaltecer a atividade decisional do Estado na efetivação dos direitos e das garantias individuais.

Em decorrência dos princípios da máxima efetividade, imperatividade plena e superioridade das normas constitucionais, estas devem ser interpretadas de tal modo que a eficácia da Constituição seja plena, máxima. A interpretação de determinada norma mediante a busca do seu verdadeiro significado, da sua essência, é de fundamental importância, pois permite a sua aplicação de forma inequívoca. Dessa maneira, para que a Constituição tenha força normativa, necessário se faz interpretá-la de modo a buscar sua plena eficácia.<sup>204</sup>

Isso decorre do fato que, além da norma constitucional passar a contar com atributo da imperatividade próprio das normas jurídicas em geral, a Constituição também passou a ostentar o caráter da supremacia no sistema jurídico<sup>205</sup>, de forma que as demais normas devem com ela manter compatibilidade, seja no modo da formulação do direito (compatibilidade formal), seja quanto à matéria (compatibilidade material).

Do que se observa dessas novas concepções, é que a imperatividade da Constituição está intimamente vinculada à ideia do fortalecimento das normas constitucionais diante da totalidade ordem jurídica. Para tanto, as Constituições contemporâneas, em sua quase totalidade, são rígidas,

---

<sup>203</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

<sup>204</sup> HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991. p.26-28.

<sup>205</sup> Segundo Luís Roberto Barroso: “A supremacia constitucional decorre de uma exigência democrática, que busca sintetizar os valores e os interesses de um povo soberano e, portanto, titular do poder constituinte que dá origem ao processo de promulgação da Constituição, que, nestas condições, passa a ser a fonte máxima de produção do Direito, e o fundamento último de validade as normas jurídicas em geral, conferindo coerência e integridade ao sistema jurídico”. (BARROSO, op. cit., p.38).

e nessa condição passaram a exigir quórum e processo legislativo diferenciados, impingindo-lhes maiores dificuldades do que o procedimento exigido para a aprovação de leis ordinárias, consagrando derradeiramente o princípio da supremacia da Constituição.

O constitucionalismo contemporâneo tem como pressuposto a supremacia da Constituição, que passa à centralidade do ordenamento jurídico, como núcleo portador de uma força normativa que vai refletir e impregnar toda a ordem jurídica, ou, como sustenta Luis Prieto Sanches, o núcleo desse novo constitucionalismo reside na condição de ter sido concebida como

Uma norma suprema, fonte direta de direitos e obrigações, imediatamente aplicável por todos os operadores jurídicos, capaz de se impor frente a qualquer outra norma e, sobretudo, como um conteúdo prescriptivo verdadeiramente exuberante de valores, princípios e direitos fundamentais, em suma, de normas regulamentares que já não informam somente acerca de ‘quem’ e ‘como’ se manda, mas sim em grande parte do ‘que’ e se pode ou deve mandar.<sup>206</sup>

Evidentemente que não basta conceber a Constituição como fonte das fontes no sistema jurídico; essas novas concepções vão mais além e pressupõem que sendo a Constituição a principal fonte, suas normas (inclusive as programáticas) possuem eficácia e aplicação direta, e, dessa forma, independem da posterior edição de qualquer ato estatal que lhes atribua força vinculante, pois isso decorre do próprio texto constitucional.

Nessas condições, afastando-se das concepções da doutrina clássica<sup>207</sup>, Canotilho entende que não é mais possível no constitucionalismo contemporâneo admitir-se a existência de normas constitucionais que não possuam eficácia e aplicação próprias, chegando a ponto de falar da “morte” das normas constitucionais programáticas. Para tanto, estabelece critérios que permitem atribuir-lhes força vinculante, a saber: a vinculação do legislador, de forma permanente, à realização dos objetivos constitucionais (*imposição constitucional*); a vinculação positiva de todos os órgãos concretizadores, devendo estes tomá-las em consideração como *diretivas materiais permanentes*, em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição); e a vinculação, na qualidade de limites materiais negativos, dos poderes

---

<sup>206</sup> SANCHIS, Luis Prieto. **Ley, principios, derechos**. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. Disponível em: <[http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/publicaciones/cuadernos\\_idhbc/pdf](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/publicaciones/cuadernos_idhbc/pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2016. (tradução livre).

<sup>207</sup> No Brasil, José Afonso da Silva denominava normas de eficácia programática, uma subdivisão das normas de eficácia limitada, e que serviriam de mera indicação ao legislador e ao executivo dos caminhos que deveriam ser seguidos. (SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002. p.88-96).

públicos, justificando a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam.<sup>208</sup>

Portanto, a correta compreensão, interpretação e aplicação do Direito Constitucional contemporâneo pressupõe a percepção de que toda e qualquer norma constitucional goza dos atributos da normatividade, imperatividade e eficácia, e que nessas condições fixam parâmetros de defesa e veiculação de direitos fundamentais, ou para coibir quaisquer decisões estatais adotadas em sentido contrário à Constituição.

E, nesse sentido, o constitucionalismo contemporâneo vai mais além do que a mera correção das imperfeições do constitucionalismo de feições liberais, pois trata-se de uma concepção que, além de atribuir e ao mesmo tempo recobrar à Constituição toda a sua normatividade, deve, na perspectiva democrática, não se limitar simplesmente a um objeto de expressão das regras da maioria, mas preponderantemente à garantia plena dos direitos fundamentais, sejam eles de liberdade, ou econômicos, ou sociais e culturais.<sup>209</sup>

Apresenta-se o novo paradigma constitucional, portanto, como um sistema em que há mais Constituição do que leis. O culto ao legislador soberano sucumbe diante das novas exigências do Estado Democrático de Direito, agora assentado sob as bases da democracia. Nesse modelo de Estado, a Constituição promove uma autoblindagem às próprias maiorias de maneira a impossibilitar qualquer conduta tendente a sufocar as minorias ou distanciar-se do seu principal objetivo, que é a efetivação dos direitos fundamentais.

Mediante o reconhecimento da supremacia constitucional, é possível superar o modelo juspositivista e as respectivas concepções de Estado de Direito edificadas com base no império da lei, que expressaria a vontade geral de um povo. Reconhecer a supremacia da Constituição significa reconhecer que esta possui poderes para se voltar contra os Poderes Legislativo e Executivo, e até mesmo a vontade da maioria. Nesse sentido, segundo Duarte e Pozzolo, “deve existir uma relação de íntima correlação entre Constituição rígida e os direitos fundamentais, determinando a superioridade da norma em relação à lei, veiculando um sistema de valores protegidos contra abusos da maioria”.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1993. p.184-187.

<sup>209</sup> GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación como derecho**. México: Universidad Autónoma de México, 2006. p.42.

<sup>210</sup> DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006. p.81. Nessa mesma linha de raciocínio, Penã Freire entende que: “A rigidez constitucional supõe que qualquer reforma da Constituição só será possível se realizada através de algum procedimento agravado em relação aos

Portanto, a supremacia constitucional é um instrumental de fundamental importância para o constitucionalismo contemporâneo, porquanto assegura a finalidade do Estado constitucional, que é concretizar os direitos fundamentais, que nessas condições ficam protegidos pela rigidez constitucional e o caráter normativo das Constituições.

### 3.2.2 Expansão da Jurisdição Constitucional

Com a incorporação de maneira expressa de valores e opções políticas aos textos das Constituições do Segundo Pós-Guerra, e devido às consequências decorrentes de uma nova concepção de constitucionalismo, a exemplo da supremacia da Constituição, ascensão dos princípios, garantia dos direitos fundamentais, e por algumas peculiaridades no que diz respeito à interpretação e aplicação das leis em decorrência do processo de verticalização das fontes do direito, amplia-se sobremaneira a atividade do Poder Judiciário.<sup>211</sup>

A atribuição de normatividade às Constituições pressupõe admitir que, além de ser um simples documento político, que ela detém imperatividade e força vinculante, ou seja, pressupõe o reconhecimento da aplicabilidade e efetividade plena das normas nela contidas. No entanto, de nada adiantaria dotar as Constituições de força normativa se não fossem estabelecidos mecanismos de controle que garantissem o seu cumprimento, de maneira a possibilitar que a concretização das propostas constitucionais (em especial a efetividade dos direitos fundamentais) não ficasse mais sujeita à discricionariedade do legislador e do administrador. Assim, com a positivação dos direitos fundamentais, estes acabam por ser imunizados em relação ao processo político majoritário, e a sua proteção, em caso de descumprimento ou violação por parte dos demais poderes, exige a interferência do Poder Judiciário.<sup>212</sup>

Com o novo paradigma alteram-se as concepções do princípio da separação dos poderes, e ao Poder Judiciário, que até então detinha um poder quase nulo, passa-se a atribuir a possibilidade de atuar no sentido de concretizar as propostas constitucionais, em especial aquelas relativas aos direitos fundamentais, mediante o controle de constitucionalidade dos atos normativos estatais.

---

dispostos para aprovação, modificação ou derrogação das leis. A rigidez constitucional garante a primazia constitucional ao definir e qualificar o poder constituinte, isto é, o poder competente para a reforma da Constituição, frente aos poderes que se dizem ordinários". (PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n.22, p.33, jul./dez. 2003 - tradução livre).

<sup>211</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

<sup>212</sup> BARROSO, loc. cit.

Esse novo modelo de controle de constitucionalidade, denominado “jurisdição constitucional”, acaba sendo adotado por diversos países europeus, e fortalecido com a criação e com as decisões dos tribunais constitucionais europeus, destacando-se, nesse sentido, as decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, instalado em 1951, e da Corte Constitucional Italiana, instalada em 1956.<sup>213</sup>

Na base dos fatores que contribuíram para o alargamento das funções jurisdicionais, e na definição da função da jurisdição constitucional, encontra-se o embate entre Carl Schmitt e Kelsen, sobre “quem deve ser o Guardião da Constituição”.

Sintetizado em poucas linhas, pode-se dizer que enquanto Kelsen defende que o controle de constitucionalidade das leis deve ser feito por um tribunal de justiça constitucional, completamente independente das outras funções do Estado (nesse sentido afirma que a atividade judiciária e legislativa são semelhantes, uma vez que ambas criam o direito)<sup>214</sup>, Schmitt, ao revés, afirma que incumbe ao Presidente do Reich a missão de salvaguardar a Constituição, em nome do povo, demonstrando, assim, sua desconfiança ao Parlamento e ao Judiciário.<sup>215</sup> Foram relevantes para a época as argumentações de Schmitt, que fez uma leitura de grande intensidade crítica ao liberalismo e à realidade parlamentar de sua época. No entanto, acabaram prevalecendo os argumentos de Kelsen, pois a prevalência de sua posição se deu na utilização preponderante de seu sistema constitucional nos países democráticos ao longo da segunda metade do século XX.

Com base nessas contribuições, algumas constituições europeias, e a norte-americana, desenvolveram sistemas de controle de constitucionalidade atribuindo o papel de fiscal da Constituição ao Poder Judiciário.<sup>216</sup> Outros países europeus, de um modo geral, adotaram um

---

<sup>213</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

<sup>214</sup> Kelsen exteriorizava de forma mais clara que, nos casos mais importantes de violação constitucional, parlamento e governo seriam partes litigantes, o que justificaria o reconhecimento do Judiciário como o poder neutro livre das tensões entre Parlamento e Governo. O autor mostrava-se contrário à visão schmittiana de ter-se na figura do Presidente do Reich, única e exclusivamente, o Guardião da Constituição que, segundo o autor austríaco, seria um dos guardiões, zelando pelo controle de constitucionalidade sobre os atos emanados do Executivo e às vezes do Legislativo. (KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003).

<sup>215</sup> O autor criticava a criação ou o reconhecimento de um Tribunal Constitucional, que, a seu ver, transferiria poderes de legislação para o Judiciário, politizando-o e desajustando o equilíbrio do sistema constitucional do Estado de Direito. (SCHMITT, Carl. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007).

<sup>216</sup> A rigor, o art. III, da Constituição dos Estados Unidos de 1787, que trata da competência da Suprema Corte, não prevê expressamente o controle de constitucionalidade, mas o art. VI, seção 2, deixa clara a supremacia da Constituição norte-americana, ao estabelecer que: “Esta Constituição e as leis complementares e todos os tratados já celebrados ou por celebrar sob a autoridade dos Estados Unidos constituirão a lei suprema do

sistema austríaco idealizado por Hans Kelsen, em que existe uma única Corte Constitucional, independente dos demais Poderes, com competência para realizar o controle de constitucionalidade, e que por se tratar de órgão de cúpula, deveria interpretar a Constituição, e resolver eventuais conflitos de constitucionalidade no plano abstrato, ou seja, a lei em tese. Considerando que somente a este órgão é atribuído a competência para declarar a inconstitucionalidade dos atos normativos estatais, o modelo recebe a denominação “concentrado”.

Por sua vez, o sistema norte-americano, fundado na força do *judicial review*, atribui à generalidade dos tribunais a competência para declarar incidentalmente a inconstitucionalidade da norma no caso concreto, e não apenas à Suprema Corte, sendo, portanto, um sistema de controle difuso. Esse modelo surge em decorrência de uma decisão da Suprema Corte Americana, que declarou a inconstitucionalidade do ato judiciário de 1799<sup>217</sup>, independentemente de qualquer pedido das partes nesse sentido, estabelecendo-se a partir de então as bases do controle de constitucionalidade difuso, que pode ser realizado de ofício por qualquer juiz ou tribunal, em decorrência do princípio da supremacia da Constituição.

O Brasil inicialmente adotou o modelo norte-americano de controle incidental com a primeira Constituição Republicana, de 1891 e, mediante as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 16, de 1965, foi introduzido o modelo austríaco, e, assim, passou a adotar um sistema misto, prevendo as constituições que lhe sucederam tanto o controle concentrado abstrato quanto o controle difuso incidental, ampliando-se os métodos de controle.

No entanto, é somente com a promulgação da Constituição de 1988 que a jurisdição constitucional brasileira é formal e substancialmente ampliada, pois, além de aumentar consideravelmente o rol de legitimados para a representação, estabeleceu novos mecanismos de controle concentrado, destacando-se a ação declaratória de constitucionalidade e a arguição de descumprimento de preceito fundamental. No sistema constitucional brasileiro, ao Supremo Tribunal Federal é atribuída a competência para exercer o controle de constitucionalidade, tanto em ações de sua competência originária, por via do recurso extraordinário, quanto em processos objetivos, nos quais se veiculam as ações diretas.

---

país; os juízes de todos os Estados serão sujeitos a ela, ficando sem efeito qualquer disposição em contrário na Constituição ou nas leis de qualquer dos Estados” (grifo nosso). A partir dessa concepção de supremacia da Constituição, a doutrina do “judicial review” se consolidou. Estabeleceu-se a ideia de uma constituição rígida, acima dos poderes do Estado e mesmo das leis produzidas pelo parlamento.

<sup>217</sup> Foi a partir da decisão expressa no caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, pelo Chief Justice Marshall, que a Suprema Corte Americana e os juízes passaram a se autoatribuir o poder do judicial review. A importância do caso *Marbury vs. Madison* está em lei inválida, impondo ao poder legislativo um limite fundado na superioridade dos preceitos constitucionais.

Ao manter a possibilidade do controle de constitucionalidade pela via difusa, realizável por cada julgador em face dos casos em concreto, o modelo constitucional brasileiro proporciona a implementação do plano normativo maior, assegurando sua eficácia e integridade. Reservando um espaço a ser ocupado pela função jurisdicional, o legislador constituinte manteve assegurada a prerrogativa de aferir a validade das regras infraconstitucionais, pelo poder conferido a todos os órgãos de atuação do Judiciário.<sup>218</sup>

Idêntica é a observação feita por Canotilho, em seus comentários ao sistema judiciário português, em que, a exemplo do Brasil, também convivem os sistemas difuso e concentrado de controle de constitucionalidade. Segundo o autor, os tribunais, como têm acesso direto à Constituição, com competência plena para decidir os incidentes de inconstitucionalidade, podem ser todos classificados como “órgãos da justiça constitucional”.<sup>219</sup>

Portanto, nessa evolução verificada nos sistemas de controle de constitucionalidade, especialmente a partir do constitucionalismo contemporâneo, observa-se a posição de destaque do Poder Judiciário e o fortalecimento da jurisdição constitucional, que passa a ser uma condição de legitimidade e credibilidade dos sistemas democráticos, pois, como bem pontuado por Lenio Luiz Streck,

Enquanto a Constituição é o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal, a jurisdição passa – em determinados aspectos – à condição de possibilidade do Estado Democrático de Direito.<sup>220</sup>

A prática de uma nova hermenêutica construtiva também contribui para realçar o sentido de “remédio contramajoritário” conferido às Constituições, para que sejam assegurados os interesses das classes representativas das minorias em face das vontades das maiorias, sejam elas eventuais ou não.<sup>221</sup>

---

<sup>218</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.917.

<sup>219</sup> Ibid., p.917-918.

<sup>220</sup> STRECK, Lenio Luiz. **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil**: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. p.1. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/lenioluizstreck.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

<sup>221</sup> Nos dizeres de Kelsen: “Asegurando la confección constitucional de las leyes, y en especial, su constitucionalidad material, la jurisdicción constitucional es un medio de protección eficaz de la minoría contra las invasiones de la mayoría. La democracia de la mayoría se hace soportable cuando es ejercida de manera regular”. (KELSEN, Hans. **La Garantía Jurisdiccional de la Constitución**: La justicia constitucional. Tradução de Rolando Tamayo y Salmorán. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. p.99).



Concebendo-se a Constituição como um mecanismo capaz de proporcionar bem-estar e igualdade e, em nome dos valores que se propõe a realizar, a oposição aos desejos das maiorias que se formam com os movimentos democráticos muitas vezes pressupõe a intervenção do Judiciário, que, na qualidade de guardião da democracia, deverá assegurar que a esfera de intangibilidade formada em torno dos valores fundamentais reste resguardada.

A tutela de uma democracia pluralista, em que aos interesses das minorias são disponibilizados instrumentos de defesa contra a maioria dominante, acaba por transformar o Judiciário em legítimo canal para manifestação dessas demandas, proporcionando o acontecer de uma nova dimensão da jurisdição constitucional, que se apresenta indispensável para a concretização da pauta de valores prevista na Constituição.

### 3.2.3 Novas técnicas de interpretação constitucional

Uma das consequências da ampliação da jurisdição constitucional observada a partir do novo constitucionalismo que exsurge no continente europeu após a Segunda Grande Guerra, caracterizado pela incorporação expressa de valores e opções políticas nos textos constitucionais, foi a potencialização das colisões entre princípios de mesma hierarquia constitucional.

Com o novo constitucionalismo, os conflitos reais ou aparentes entre princípios passam a ser comuns, devido à atribuição da força normativa da Constituição e do seu conteúdo marcadamente axiológico. Na maioria das vezes, essa tensão entre normas constitucionais decorre da necessidade de se conciliar uma diversidade de pretensões antagônicas, oriundas de diversos segmentos da sociedade, que compuseram o poder constituinte originário, e que por essa razão se encontram em permanente situação de conflito.<sup>222</sup> Portanto, a aceitação dessa variedade de concepções é característica marcante de sociedades plurais de um Estado Democrático.

É justamente diante desse antagonismo que surgem as tensões: como harmonizar em ordens econômicas os princípios da livre iniciativa, da defesa do consumidor e da proteção ao meio ambiente? Ou ainda, os princípios da liberdade ao exercício de greve com o direito de locomoção? Ou, para efeitos desta tese, como conciliar o direito social fundamental ao

---

<sup>222</sup> Tem-se, nos dizeres de Clémerson Merlin Cléve, uma constituição que é de todos e ao mesmo tempo de ninguém. (CLÉVE, Clémerson Merlin. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.52).

trabalho e renda como condição mínima de uma vida digna com os princípios da separação dos poderes e da autonomia das instâncias?

Como antes afirmado, o constitucionalismo contemporâneo é caracterizado não só pela incorporação expressa de princípios no texto constitucional, mas pelo fato de atribuir a eles uma função normativa.<sup>223</sup> Em decorrência de sua abstração, os princípios jurídicos, ao contrário das regras, não possuem a característica de descrição de condutas. Eles carregam e expressam valores que orientam as diversas finalidades públicas que devem ser efetivadas direta e concretamente pelos poderes estatais e pela própria sociedade, visando ao cumprimento dos objetivos mais sagrados do Estado.

Essa nova realidade constitucional, que passa a se caracterizar pela tensão frequente entre valores, e consequentemente pela colisão entre princípios que devem coexistir harmonicamente em espaços democráticos, além de potencializar a atividade jurisdicional do Estado<sup>224</sup>, passou a exigir novas técnicas interpretativas que se mostrem suficientes e adequadas para dar conta de solucionar tais questões.

Com o novo paradigma não se abandona a técnica da subsunção, mesmo porque esta permanece adequada para a solução da grande maioria dos conflitos jurídicos existentes no mundo contemporâneo. O que o novo paradigma está a exigir é que, partindo-se das técnicas convencionais, se faz necessário agregar novas categorias hermenêuticas que permitam apresentar respostas satisfatórias, e adequadas aos complexos conflitos axiológicos, que passam a ser

---

<sup>223</sup> Para Castanheira Neves, “Um outro elemento, a impor-se como um outro polo de uma diferente normatividade jurídica, temo-lo no actual reconhecimento de princípios normativos a transcenderem também a lei, e a sua estrita legalidade, convocados como fundamentos normativos-jurídicos da juridicidade e que a própria lei terá de respeitar e cumprir – e em grande parte obtidos como um resultado normativamente constituído e final da ‘jurisprudência’ a que fizemos referência. Princípios esses que se distinguem decisivamente dos ‘princípios gerais do direito’ que o positivismo normativista-sistemático via como axiomas jurídicos-rationais do seu sistema jurídico, pois são agora princípios normativamente materiais fundamentantes da própria juridicidade, expressões normativas de ‘o direito’ em que o sistema jurídico positivo cobra o seu sentido e não apenas a sua racionalidade”. (CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia**: tópicos para a possibilidade de uma reflexiva habilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p.107-108)

<sup>224</sup> No caso da hermenêutica constitucional, várias são as causas que acabaram por potencializar a atividade jurisdicional. Nas observações de Ana Paula Barcellos, a principal causa decorre do caráter “difuso” ou genérico do conteúdo material que passa a caracterizar as constituições contemporâneas, que acabaram por incluir em seus textos conceitos como justiça social ou dignidade humana, “cuja definição detalhada pode variar em certa medida no tempo, espaço e em função das circunstâncias do caso em concreto”. A autora afirma ainda que outra causa responsável pela ampliação da função jurisdicional, decorre das denominadas constituições “compromissárias”, adotadas por diversas sociedades democráticas, que em seus textos acabaram por consagrar direitos associados às concepções liberais e ao mesmo tempo disposições antagônicas, voltadas aos objetivos de um Estado de bem-estar social. Para a autora, essas circunstâncias levam à necessidade de uma ponderação de interesses, em cada caso em concreto. (BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.236).

frequentes diante de uma realidade constitucional, agora caracterizada pela centralidade que passa ocupar a Constituição no sistema jurídico, sua normatividade e, em especial, pela sua abertura a regras e princípios.

O positivismo defende que o ordenamento jurídico é composto apenas por regras, e que os princípios possuem um papel secundário, de caráter meramente integrativo nas hipóteses de lacunas do texto legal. Nessa perspectiva, o direito se apresenta como um conjunto de regras jurídicas vigentes, produzidas pelo Estado, e encarado como um sistema previsível, coerente e perfeito, e que nestas condições se apresenta suficiente em si mesmo para solucionar quaisquer conflitos jurídicos. A busca pela objetividade científica acaba por excluir o axiológico ou os valores no mundo do direito, já que a ciência jurídica fundava-se em juízos de fato e não de valor, e, assim, quaisquer discussões acerca de legitimidade, justiça ou moral, seriam estranhas ao direito.

Ou seja, adota-se uma metodologia lógico-dedutiva que concebe a interpretação como uma atividade meramente mecânica, na qual a solução é alcançada por meio de um silogismo em que a norma é a premissa maior; o fato, a premissa menor; e a decisão é o resultado do enquadramento do fato à norma.

Até se poderia cogitar que esse método seria possível em um sistema jurídico composto unicamente por regras, as quais já estabelecem de antemão, com certa clareza e completude, a conduta a ser concretizada pelos destinatários. No entanto, o método da subsunção não se amolda a enunciados dotados de elevada carga axiológica, densidade normativa e alto grau de indeterminação, características intrínsecas aos princípios, restando esclarecida a razão pela qual o positivismo negou a normatividade dos enunciados principiológicos.<sup>225</sup>

No Constitucionalismo contemporâneo resgata-se a normatividade dos princípios, que juntamente com as regras, passam a desempenhar funções específicas no ordenamento Jurídico. Nesse sentido, assumem relevante função na aplicação jurídica os princípios constitucionais

---

<sup>225</sup> Essas são as observações de Paulo Ricardo Schier, quando menciona que “o processo de subsunção estritamente formal não funcionava nestes casos. Daí porque, como solução, o positivismo retirou dos princípios a sua normatividade, colocando-os como “cano de escape” do ordenamento jurídico em vista de não se enquadrarem na sua lógica. Ou seja, em não conseguindo a teoria explicar a realizada normativa dos princípios, negava-se a juridicidade destes para salvaguardar o modelo teórico. Algo como afirmar-se que a realidade não se enquadra no conceito, e, por isso, a realidade está errada”. (SCHIER, Paulo Ricardo. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, n.24, p.137-138, 2005).

da razoabilidade e proporcionalidade, bem como a normatização dos direitos fundamentais que passaram a ser aplicados a partir de sua eficácia horizontal.<sup>226</sup>

Já no âmbito doutrinário, destacaram-se as novas perspectivas doutrinárias que foram desenvolvidas, a exemplo da teoria dos princípios de Ronald Dworkin<sup>227</sup> e sua tese sobre a resposta correta e a técnica da ponderação de Robert Alexy<sup>228</sup>.

Segundo Ronald Dworkin, regras e princípios funcionam diferentemente. As regras são normalmente aplicadas de forma peremptória, num tudo-ou-nada, em que, presentes os fatos, elas devem ser aplicadas de forma implacável, consideradas as exceções por elas próprias estabelecidas. Já com os princípios, a situação é diversa, pois mesmo que possam servir como razões que devem levar o juiz a uma determinada decisão, não exigem uma única conclusão. Não são os princípios, assim como as regras, razões determinantes, pois podem existir outros princípios que apontem em direção oposta. Os princípios, nas lições de Dworkin, possuem uma dimensão de “peso” que inexiste nas regras: “quando os princípios colidem, aquele que tiver de resolver o conflito terá de levar em consideração o peso específico de cada um”.<sup>229</sup>

Os princípios fazem parte do direito e devem ser considerados pelo intérprete quando da solução do conflito. Havendo a colisão entre dois ou mais princípios, cabe ao julgador resolvê-lo mediante uma ponderação, diante do caso concreto, do peso que cada princípio representa para a sua solução. Já com as regras, em havendo conflito entre elas, apenas uma deverá ser aplicada, adotando-se os critérios para a solução de antinomias, quais sejam, o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.<sup>230</sup>

Para Dworkin, a distinção entre regras e princípios é meramente formal, pois desempenham eles papel semelhante, como, por exemplo, quando a regra utiliza expressões vagas ou ambíguas, como “razoável”, “injusto”, o que exige, portanto, uma complementação por meio de princípios para a sua aplicação. Por fim, o autor menciona que os princípios

<sup>226</sup> CARBONEL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Orgs.). **El canon neoconstitucional**. Madrid: Trota, 2010. p.64.

<sup>227</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005; Id. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999; Id. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>228</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

<sup>229</sup> DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**, op. cit., p.140.

<sup>230</sup> Robert Alexy, nessa mesma linha, porém equiparando os princípios a mandados de otimização, entende que eles “estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus e que a medida de seu cumprimento não depende somente das possibilidades reais como também das jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e pelas regras opostas”. (ALEXY, op. cit., p.92 - tradução livre).

possuem maior utilidade nos “casos difíceis”, nos quais o juiz se encontra obrigado a justificar a utilização de uma nova regra, uma nova interpretação do texto legal da qual advém uma regra particular, apta a solucionar o caso concreto.<sup>231</sup>

Nas perspectivas da teoria da argumentação, Robert Alexy é um grande referencial, e suas concepções se fazem presentes na doutrina e prática do Direito Constitucional brasileiro, embora muitas vezes incorretamente utilizada ou simplesmente como argumento de autoridade.<sup>232</sup>

O autor também confere normatividade aos princípios, destacando que tanto eles, quanto as regras são normas que integram o ordenamento jurídico. No entanto, classifica as normas jurídicas em dois grupos, que são as regras e os princípios, e, ao realizar essa divisão, não leva em consideração os critérios de generalidade e especialidade da norma, mas volta suas atenções aos seus aspectos estruturais e formas de sua aplicação, para concluir que as regras são caracterizadas por expressar deveres definitivos e a sua aplicação se dá pelo tradicional método da subsunção; já os princípios se caracterizam por expressar deveres a uma primeira vista, e o seu conteúdo definitivo somente se revela quando de eventual *sopesamento* com princípios que com ele entrem em colisão.<sup>233</sup> Quanto à questão estrutural, de maneira geral as normas infraconstitucionais se expressam sob a estrutura de regras e as normas constitucionais têm estrutura de princípios.

Segundo Alexy, quando princípios constitucionais de mesma hierarquia entram em colisão, um deles terá de necessariamente ceder. Isso não quer dizer, evidentemente, que um dos princípios deve ser declarado inválido, ou muito menos que se possa nele incluir uma cláusula de exceção (método clássico – plano de validade). O que ocorre, em realidade, é que um dos princípios deverá ter precedência sobre o outro, segundo as condições existentes nas situações em concreto, e do mesmo modo, quando e se presentes outras condicionantes, a questão da precedência poderá ser resolvida de forma completamente diversa.<sup>234</sup>

---

<sup>231</sup> DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

<sup>232</sup> Segundo José Rodrigo Rodrigues, “é interessante notar que a recepção brasileira de autores como Ronald Dworkin, Jürgen Habermas e Robert Alexy gerou impacto nulo sobre nossa jurisprudência e nosso modo de operar o direito. Não é incomum que os tribunais brasileiros, inclusive o STF, citem tais autores em suas decisões. No entanto, tais citações costumam servir como argumento de autoridade: servem apenas para demonstrar erudição. Não há indício de que os modelos de racionalidade jurídica presentes na obra desses autores tenham tido qualquer influência sobre o modo de raciocinar dos operadores de nosso direito. Tal fato mostra como nossa tradição é forte e coesa; capaz de incorporar a obra destes teóricos em seu registro próprio, sem deixar-se influenciar efetivamente por eles”. (RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como decidem as cortes**. Rio de Janeiro: FGV, 2013. p.8)

<sup>233</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.90.

<sup>234</sup> Ibid., p.93.

Diferentemente do conflito entre regras, que se resolve no plano da validade, as colisões entre princípios ocorrem para além dessa dimensão, na dimensão do peso atribuído pelo intérprete a cada um em vista do caso concreto. O objetivo do “sopesamento” que menciona Alexy<sup>235</sup> é definir qual dos interesses em contraposição, e que abstratamente estão no mesmo nível hierárquico, tem maior peso no caso em concreto<sup>236</sup>, ou seja, toda vez que o julgador estiver perante a uma tensão de princípios constitucionais, indispensável se torna que recorra a uma ponderação dos diversos interesses envolvidos.<sup>237</sup>

A doutrina adepta à técnica da *ponderação* de princípios e valores (ou sopesamento ao se utilizar da expressão de Alexy) está intimamente associada à ideia de conflito, e se vale dos princípios instrumentais da razoabilidade e proporcionalidade.<sup>238</sup> Por meio dessa técnica, o interprete terá necessariamente que conciliar, mediante concessões recíprocas, princípios jurídicos em eventual conflito, ou até mesmo eleger qual deles deverá prevalecer, de maneira

<sup>235</sup> Alexy utiliza a expressão “sopesamento” para referir-se à ideia de escolha ou até mesmo eleição, dentre os princípios que estão em colisão e que deverá prevalecer, de acordo com as circunstâncias fáticas ou jurídicas presentes em cada situação.

<sup>236</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.97.

<sup>237</sup> Em estudo dedicado a essa técnica da ponderação, Daniel Sarmento conclui que: “verificada a colisão, devem ser impostas restrições recíprocas aos bens jurídicos protegidos por cada princípio, de modo que cada um só sofra as limitações indispensáveis à salvaguarda do outro. A compreensão a cada bem jurídico deve ser inversamente proporcional ao peso específico atribuído ao princípio que o tutela, e diretamente proporcional ao peso conferido ao princípio oposto”. (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000. p.196-197).

<sup>238</sup> Alguns segmentos doutrinários propugnam pela aplicação do princípio da proporcionalidade como norte de solução para determinados problemas decorrentes do controle de constitucionalidade. Estes autores o fazem nas questões relativas à ponderação de princípios constitucionais eventualmente conflitantes, quando em referência a uma situação concreta. Paulo Bonavides entende que “a atuação normativa do Tribunal, no controle da constitucionalidade, pode ser defendida, inclusive, pelo princípio da proporcionalidade, que se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo”. Continua o autor afirmando que “este princípio preza pela presunção da existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios utilizados para alcançá-los. Sob tal ótica, a pura aplicação da lei, sem nenhuma atenuação ou adequação, por parte do julgador, resultaria em evidentes injustiças, decorrentes de um rigorismo técnico-jurídico e de posições inflexíveis e dogmáticas, as quais desconsideram as consequências práticas e políticas e a justiça do caso concreto”. Finaliza para concluir que “o referido princípio é utilizado com crescente assiduidade para aferição da constitucionalidade dos atos do Estado, como instrumento de proteção dos direitos fundamentais”. (BONAVIDES Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p.31, 314 e 359). Canotilho afirma que “O juízo de proporcionalidade permite um perfeito equilíbrio entre o fim almejado e o meio empregado, ou seja, o resultado obtido com a intervenção na esfera de direitos do particular deve ser proporcional à carga coativa da mesma”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995. p.263). Ver também: ALEXI, op. cit. e DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. A proporcionalidade e a razoabilidade são construções jurídicas que ostentam uma função em comum, e, nestas condições pode-se afirmar que guardam considerável proximidade. Trata-se de conceitos próximos, a ponto de serem entendidos como sinônimos por grande parte da doutrina, a exemplo de Luis Roberto Barroso, que trata os conceitos indistintamente. (BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003).

a possibilitar, diante dos fatos analisados à luz do caso em concreto e de suas condicionantes, a atuação do princípio que de maneira mais adequada faça atuar os fins constitucionais.

Em outros termos, o entendimento é que na ocorrência de tensão entre normas constitucionais, o intérprete deve socorrer-se da ponderação, pois o método de subsunção não se apresenta, na grande maioria das vezes, apto à resolução desse tipo de conflito, considerada a impossibilidade de enquadrar o mesmo fato em normas antagônicas.<sup>239</sup>

Ocorre que a técnica da ponderação de princípios constitucionais (utilizada especial e frequentemente pelos tribunais em decorrência do conteúdo axiológico das constituições contemporâneas, bem como em decorrência da complexidade dos interesses que se contrapõem em Estados democráticos) vem causando um grande desconforto, diante do caráter contramajoritário da função jurisdicional.

Não fosse isso, a ausência de critérios que permitam estabelecer certa objetividade à técnica da ponderação de princípios, possibilita que os juízes acabem por cometer atos de mero arbítrio e irracionalidade, afastando-se do ideal de justiça que caracteriza o principal objetivo da jurisdição estatal. Nessas condições, como bem observado por Luís Roberto Barroso, “a vanguarda do pensamento jurídico dedica-se, na quadra atual, à busca de parâmetros de alguma objetividade, para que a ponderação não se torne uma fórmula vazia, legitimadora de escolhas arbitrárias”.<sup>240</sup>

Mesmo porque, uma decisão judicial que não contenha motivação transparente e que nesta condição permita a verificação dos seus fundamentos determinantes, não é devidamente aceita pela sociedade, comprometendo os pressupostos fundamentais de sua eficácia, além de pôr em risco a legitimidade da função jurisdicional do Estado. Diante disso, a utilização correta da técnica da ponderação de princípios representou e ainda representa um grande desafio para o novo constitucionalismo.

Nesse sentido, relevantes são as objeções que se fazem à ponderação, em especial no que se refere: (i) à ausência de critérios objetivos que permitam a verificação dos elementos determinantes de uma determinada decisão judicial proferida com base em ponderação de

---

<sup>239</sup> Esse entendimento pode ser resumido nas conclusões de Luís Roberto Barroso, para quem “a ponderação de normas, bens ou valores é a técnica a ser utilizada pelo interprete, por via da qual ele (i) fará concessões recíprocas, procurando preservar o máximo possível de cada um dos interesses em disputa ou, no limite, (ii) procederá a escolha do direito que irá prevalecer, em concreto, por realizar mais adequadamente a vontade constitucional. Conceito-chave da matéria é o princípio instrumental da razoabilidade”. (BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.27, 2007).

<sup>240</sup> Id. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003. p.331.

princípios, (ii) ao enfraquecimento do caráter cognitivo da jurisdição (colocando em risco não só a independência como também a sua legitimidade), além de promover e facilitar a discricionariedade, o subjetivismo e o ativismo judicial.<sup>241</sup>

Luigi Ferrajolli deixa claro que não teria sentido negar ou subestimar o papel da ponderação, do balanceamento e, de maneira mais ampla, da argumentação na atividade de produção normativa. Suas críticas se voltam à excessiva ampliação que a ponderação assumiu na interpretação jurisdicional das normas constitucionais nos últimos anos, e que, segundo o autor, acabou por transformá-lo em uma espécie de “bolha terminológica”, que de tão dilatada chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais.<sup>242</sup>

Segundo o autor, assumindo-se a ponderação, em oposição à subsunção reservada às regras, como um tipo de racionalidade ordinária e generalizada a todos os princípios, essa técnica acaba por ampliar indevidamente a discricionariedade judicial, e outorga aos juízes um poder de “escolha” em relação a quais princípios aplicar e quais não aplicar. Essa concepção, “orientada” pela “exigência de justiça substancial”, acaba por comprometer não apenas o dever de submissão do juiz à lei, mas também os valores da certeza e da igualdade perante a lei.<sup>243</sup>

Ferrajolli entende que existe um grave equívoco nas concepções neoconstitucionalistas no que se refere ao objeto da ponderação, pois o que deve ser ponderado não são as normas a serem aplicadas (elas são sempre as mesmas e, portanto, têm sempre o mesmo peso), mas sim as circunstâncias fáticas por elas previstas, de maneira a qualificar juridicamente, e de conotar equitativamente o caso submetido a juízo. Não existe, de fato, nenhuma diferença de caráter epistemológico entre a argumentação constitucional dos juízes constitucionais e a argumentação penal ou civil ou administrativa dos juízes ordinários ou administrativos, não havendo diferença de estatuto entre as normas constitucionais e as normas ordinárias. Ponderação e balanceamento,

---

<sup>241</sup> A ideia de ativismo judicial encontra-se associada a uma participação mais extensa e intensa do Poder Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos demais poderes. Elival da Silva Ramos define o Ativismo Judicial como: sendo o “[...] exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante às práticas ativistas, por importarem na desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário, em detrimento dos demais Poderes. Não se pode deixar de registrar mais uma vez, o qual tanto pode ter o produto da legiferação irregularmente invalidado por decisão ativista (em sede de controle de constitucionalidade), quanto o seu espaço de conformação normativa, invadido por decisões excessivamente criativas”. (RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p.129).

<sup>242</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

<sup>243</sup> FERRAJOLLI, loc. cit.



quando se aplicam mais normas diversas mesmo que não estejam necessariamente em conflito, estão por isso presentes na jurisdição ordinária tanto quanto na jurisdição constitucional.<sup>244</sup>

De outro lado, a própria constitucionalização dos princípios em matéria de direitos geralmente reduz, segundo Ferrajolli, o espaço da discricionariedade interpretativa, uma vez que, de todas as possíveis interpretações admitidas em um mesmo texto, são escolhidas como válidas somente aquelas coerentes com a Constituição. Se, além disso, pela indeterminação semântica das normas e pela impossibilidade da subsunção, o poder dos juízes acaba sendo, de fato, um poder criativo, então ele se converte naquilo que o autor chama de “poder de disposição”, que é, todavia, um poder ilegítimo, independentemente da natureza de princípios ou de regras das normas, uma vez que invade a competência da política e das funções de governo, não podendo, portanto, ser aceito sem que se neguem a separação dos poderes e a própria conservação do Estado de Direito.<sup>245</sup>

É de se observar que as críticas de Ferrajolli não são direcionadas à função que a técnica da ponderação exerce na atividade de produção do direito, mas sim, ao mau uso que dela se faz, ou a sua ampliação e (ou) desvirtuamento.

A técnica da ponderação desde muito se faz presente na doutrina e jurisprudência brasileira. No entanto, inúmeras são as decisões dos tribunais que se apresentam desprovidas de uma correta fundamentação. Isso significa que, ao invés de resultar no aumento da carga argumentativa, o uso da técnica acaba fazendo com que os juízes “deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, por meio deles, buscarem justiça, ou o que entendem por justiça”, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. “Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial”.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> FERRAJOLLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

<sup>245</sup> FERRAJOLLI, loc. cit.

<sup>246</sup> Segundo Daniel Sarmento: “Muitos juízes, deslumbrados diante dos princípios e da possibilidade de, por meio deles, buscarem justiça – ou o que entendem por justiça –, passaram a negligenciar o seu dever de fundamentar racionalmente os seus julgamentos. Esta ‘euforia’ com os princípios abriu um espaço muito maior para o decisionismo judicial” (SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000. p.198). No mesmo sentido Inocêncio Coelho, ao alertar que a técnica tem sido utilizada pelas cortes constitucionais como uma verdadeira “varinha de condão”. (COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, América do Norte, v.3, n.12, p.57, abr./maio/jun. 2006). Por fim, Luiz Virgílio Afonso da Silva afirma que, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a ponderação de valores tem sido aplicada de forma meramente retórica, e não sistemática (SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.798, p.31, abr. 2002).

Não há dúvidas de que os juízes encontram-se no dever constitucional de deixar transparentes os fundamentos fáticos e jurídicos que orientam as suas decisões, como forma de garantir o princípio da ampla defesa às partes envolvidas no processo, e também para possibilitar à sociedade o controle e a aceitação das decisões judiciais, como forma de atribuir legitimidade democrática à função jurisdicional do Estado.

No entanto, ainda que os juízes tenham o dever de justificar suas decisões a partir de uma argumentação racional, e mesmo que estejam elas sujeitas ao controle posterior, o fato é que, na maioria dos casos, a ponderação entre princípios acaba resultando na escolha subjetiva do intérprete em prol de um dos princípios em detrimento do outro.<sup>247</sup> Por conta dessa constatação é que, na perspectiva da teoria da argumentação, os princípios abrem o sistema, já que conferem ampla margem de subjetividade ao intérprete.<sup>248</sup>

---

<sup>247</sup> Não obstante essa seja a leitura feita pelos tribunais e pela doutrina em geral, acerca da proposta de ponderação de Alexy, Lenio Luiz Streck chama a atenção para o fato que esta concepção confunde a tese do autor. Segundo Lenio, “através do ‘sopesamento entre fins e meios’ (a assim denominada ‘ponderação’), é possível chegar às mais diversas respostas, ou seja, casos idênticos acabam recebendo decisões diferentes, tudo sob o manto da ‘ponderação’ e suas decorrências. Veja-se, por exemplo, que em nome dos princípios *ad-doc* (todos os dias são inventados novos *standards* **que se pretendem** princípios’), como o **‘da confiança no juiz da causa’** (sic), e, em nome dos supostos ‘sopesamentos’ (ponderações), um acusado é posto em liberdade no Rio Grande do Sul e outro é mantido preso em Santa Catarina. Há que se ter cuidado com o manejo dos princípios e mormente com esse corriqueiro ‘sopesamento’. Outra advertência que se impõe, no contexto de uma análise sobre a teoria do direito a partir da hermenêutica filosófica (portanto, delimitado a matriz teórica ou, se quiser, o lugar da fala) diz respeito exatamente a essa dependência que a ponderação tem em relação a discricionariedade. Na maior parte das vezes, os adeptos da ponderação não levam em conta a relevante circunstância de que **é impossível fazer uma ponderação que resolva diretamente o caso**. A ponderação – nos termos propalados por seu criador, Robert Alexy – **não é uma operação em que se colocam os dois princípios em uma balança e se aponta para aquele que ‘pesa mais’** (sic), algo do tipo ‘entre dois princípios que colidem, o intérprete escolhe um (sic). Nesse sentido é preciso fazer justiça a Alexy mesmo que com ele não estejamos de acordo; sua tese sobre ponderação não envolve essa ‘escolha direta’. Na verdade, a ponderação é um procedimento que serve para resolver uma colisão em abstrato de princípios constitucionais. Dessa operação resulta uma regra – regra de direito fundamental adscripta – essa sim, segundo Alexy, apta para a resolução da demanda da qual se originou o conflito de princípios. E um registro: essa aplicação da regra de ponderação se fará por subsunção (por mais paradoxal que isso possa ser)”. (grifos no original) (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p 49-50).

<sup>248</sup> Aliás, essa circunstância é reconhecida por Robert Alexy, no posfácio de sua obra: “os direitos fundamentais não são um objeto passível de ser dividido de uma forma tão refinada que inclua impasses estruturais – ou seja, impasses reais no sopesamento –, de forma a torná-los praticamente sem importância. Neste caso, então, existe uma discricionariedade para sopesar, uma discricionariedade tanto do legislativo quanto do judiciário”. (ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.611).

E isso se dá porque as propostas que se vinculam à teoria da argumentação permanecem apegadas ao paradigma da consciência, da relação sujeito-objeto, mediante a qual o sujeito, de maneira solipsista<sup>249</sup>, domina os objetos, ou conforme observado por Lenio Luiz Streck:

Penso, aqui, que o calcanhar de Aquiles da ponderação – e, portanto, das diversas teorias argumentativas (e suas derivações) – reside no deslocamento da hierarquização ‘ponderativa’ em favor da ‘subjetividade’ (assujeitadora) do intérprete, com o que a teoria da argumentação (para falar apenas desta), como sempre denunciou Arthur Kauffman, não escapa do paradigma da filosofia da consciência. Ou seja, independentemente das colorações assumidas pelas posturas que, de um modo ou de outro, deriva(ra)m da teoria da argumentação de Robert Alexy, o cerne da problemática está na continuidade da ‘delegação’ em favor do sujeito da relação sujeito-objeto. Isto é assim porque a ponderação implica essa ‘escolha’ subjetiva. Daí a incompatibilidade com a circularidade hermenêutica, uma vez que o círculo atravessa o esquema sujeito-objeto (é através dele que se dá a antecipação de sentido, impedindo qualquer interpretação em etapas). No fundo, volta-se, com a ponderação, ao problema tão criticado da discricionariedade, que, para o positivismo (por todos, Kelsen e Hart) é resolvido por delegação ao juiz. Assim, também nos casos difíceis dos quais falam as teorias argumentativas, a escolha do princípio aplicável ‘repristina’ a antiga ‘delegação positivista’ (na zona de penumbra, em Hart, ou no perímetro da moldura, em Kelsen). Isto é, cabe ao intérprete dizer qual princípio aplicável, ou seja, tal como no positivismo, é tarefa (prerrogativa?) do juiz decidir nas ‘zonas de incertezas’ e em face das ‘insuficiências ônticas’ (para usar aqui uma expressão que faz parte do repertório que identifica a ‘dobra da linguagem’ que sustenta a ausência de cisão entre hard e easy cases).<sup>250</sup>

Portanto, é somente com uma proposta atenta ao giro provocado pelo paradigma da linguagem<sup>251</sup> e, por consequência, desapegada da relação sujeito-objeto, é possível afastar a

---

<sup>249</sup> Utiliza-se a expressão para expressar um espaço de subjetividade, alheio ao contraditório, em que as decisões judiciais decorrem do labor solitário do juiz. O juiz *solipsista* é aquele que não está aberto ao diálogo em contraditório, aquele que se basta, que atua de forma isolada, agindo em conformidade com a sua própria consciência.

<sup>250</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.178-179.

<sup>251</sup> Referido paradigma avança em relação à epistemologia (teoria do conhecimento) e pressupõe que, além do elemento lógico analítico, existe uma dimensão de caráter prático- pragmático. Destaca-se dentre os filósofos precursores dessa nova filosofia Martin Heidegger, que defende que o modo de ser está ligado ao compreender. A partir do giro linguístico, todo o conhecimento se revela no âmbito da linguagem. O sentido deixa de estar na consciência (de si), e passa a se constituir na linguagem, como produção do próprio homem, mas que é a condição de nossa possibilidade de estarmos no mundo. Não se pensa mais no sujeito em si mesmo, mas sim em uma comunidade que antecede qualquer significação de sujeito. Nesse novo cenário, em que o conhecimento deve se voltar para além do sujeito, não mais se justificam as teorias pautadas na ideia de que o sujeito deve agir conforme a sua própria consciência. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.56).

discricionariedade e o subjetivismo, dos quais os adeptos da teoria da argumentação ainda se mantêm refém.<sup>252</sup>

Também por esse motivo, não há como sustentar qualquer defesa de um novo constitucionalismo, como sendo a continuidade ou complementaridade do positivismo jurídico. Em realidade, qualquer teoria que expresse determinada característica positivista – discricionariedade, a tese das fontes sociais – é incompatível com a ideia do novo constitucionalismo de feições compromissárias, dirigente, e compatível com a concepção de Estado Democrático de Direito. Dessa forma, é somente com a desvinculação com as teses positivistas que se torna possível afirmar que determinada teoria é considerada, de fato, como adequada ao modelo de constitucionalismo forte que eclodiu a partir do segundo pós-Guerra.<sup>253</sup>

E, nesse sentido, a teoria da argumentação não deu conta de superar os principais entraves criados pelo positivismo, especialmente no que diz respeito à discricionariedade e ao subjetivismo judicial. Manteve-se vinculada ao paradigma da consciência e da relação sujeito-objeto, apresentando-se, portanto, incompatível com as características do Constitucionalismo contemporâneo, dotado de normatividade forte, intensa, de caráter regulativo, ou seja, aquele em que a grande maioria dos princípios constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, atua como regras, que consistem em proibições de lesão ou obrigações de proteção que são as suas respectivas garantias.

Por sua vez, a hermenêutica filosófica defende que em qualquer interpretação/aplicação, indiferente se de regras ou princípios, existe um sentido anterior propiciado pelo

<sup>252</sup> Como observado por Lenio Luiz Streck, “no campo do direito, tais questões permaneceram difusas – e essa é uma questão ainda não superada pelos juristas – em um misto de objetivismo e subjetivismo”. De acordo com o autor, no Brasil ainda é grande a tendência de se apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos, ou seja, o juiz passa a ter uma atuação mais intensa na produção de direitos a partir de suas decisões judiciais, implicando na discricionariedade e subjetividade. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.56-57).

<sup>253</sup> O constitucionalismo contemporâneo apresenta-se como ruptura, não somente com o positivismo, mas também com o constitucionalismo de feições liberais, e, assim, segundo Lenio Luiz Streck, “Qualquer postura que, de algum modo, se enquadre nas características ou teses que sustentam o positivismo, entra em linha de colisão com esse (novo) tipo de constitucionalismo. Isso significa afirmar que a separação do direito da moral, a tese das fontes sociais e a discricionariedade, em qualquer grau, são componentes que afastam qualquer forma de positivismo do neoconstitucionalismo. [...] Não é possível continuar a sustentar, por exemplo, a separação do direito da moral nestes tempos de superação do paradigma da filosofia da consciência e da inserção do mundo prático na filosofia, proporcionado pelo giro linguístico ontológico. Também não é possível sustentar qualquer forma de discricionariedade judicial neste momento histórico, uma vez que a discricionariedade está ligada ao subjetivismo (portanto sujeito-objeto), avesso ao paradigma intersubjetivo. Estado democrático de direito e discricionariedade são incompatíveis e essa questão é fulcral. Por isso, discutir discricionariedade significa discutir as condições de possibilidade da permanência ou superação do esquema sujeito-objeto”. (Id. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.7-8).

intérprete, decorrente de sua condição de “ser” no mundo, que limita o processo de atribuição de sentido, afastando qualquer possibilidade de discricionariedade ou subjetivismo, na medida em que referida pré-compreensão do intérprete, ou seja, o sujeito, não é capaz de controlar essa atribuição prévia de sentido.<sup>254</sup> Em realidade, “trata-se de um existencial, sobre o qual não temos domínio (e isso especialmente os adeptos das teorias argumentativas não conseguem entender)”.<sup>255</sup>

Portanto, com essa perceptiva não se faz mais possível aceitar a ideia de que as regras são aplicadas mediante simples atividade de subsunção, na visão do “tudo ou nada”, pois essa perspectiva desconsidera circunstância relevante a qualquer processo compreensivo, qual seja, de que sempre existirá algo que antecipa, e que é condição de possibilidade a qualquer interpretação, mesmo que relativa à aplicação de regras, para as quais a subsunção também não se mostra adequada.

Do mesmo modo, não se faz possível aceitar a tese que enxerga os princípios como meros postulados, como mandados de otimização, e que assim estão a exigir uma atividade ponderativa do intérprete para a sua concretização. Os princípios introduzem o mundo prático ao direito, institucionalizando a moral, entendida como “ideal de vida boa” da sociedade.<sup>256</sup> Nessas condições, a moral passa a ser co-originária ao direito, permitindo a penetração da facticidade no ordenamento jurídico, circunstância olvidada pelas concepções positivistas.<sup>257</sup>

E é justamente pelo fato de internalizarem a facticidade que se faz possível defender e sustentar a tese de que os princípios, a partir da leitura da hermenêutica filosófica, não propiciam

---

<sup>254</sup> Conforme explica Lenio Streck: “[...] para o solipsismo filosófico – e pensemos aqui na discricionariedade positivista, louvada até mesmo pelos setores críticos da teoria do direito – o mundo seria/é apenas o resultado das representações que realizamos a partir de nosso ‘feixe de sensações’. Ora, definitivamente, depois do giro ontológico-lingüístico, não é mais possível pensar que a realidade passa a ser uma construção de representações de um sujeito isolado (solipsista). O giro ontológico-lingüístico já nos mostrou que somos, desde sempre, seres-no-mundo, o que implica dizer que, originariamente, já estamos ‘fora’ de nós mesmos nos relacionando com as coisas e com o mundo. Esse mundo é um ambiente de significância; um espaço no interior do qual o sentido – definitivamente – não está à nossa disposição. Este é um espaço compartilhado a partir do qual temos que prestar contas uns aos outros, como que para dar uma espécie de ‘testemunho da verdade’”. (STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.57-58).

<sup>255</sup> Id. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.177-178.

<sup>256</sup> Ibid., p.172.

<sup>257</sup> Como afirma Lenio Luiz Streck, “é a partir dessa moral institucionalizada que será possível falar-se em resposta correta no direito: É – por assim dizer – desse comportamento moral que se dá na pré-compreensão que podemos extrair – no campo da aplicação do direito – a ideia de resposta correta (ou, se se quiser, adequada à Constituição) e de institucionalização do mundo da prática pelos princípios”. (Id., **O que é isto**..., op. cit., p.60-61).

a abertura do sistema normativo, antes, porém, o fecham<sup>258</sup>, servindo como parâmetros para o controle da discricionariedade, e consequentemente da subjetividade do intérprete, ou como afirma Lenio Luiz Streck:

Dizendo de outra maneira, eis mais uma vez presente a diferença entre a hermenêutica e a teoria da argumentação: enquanto a teoria da argumentação compreende os princípios (apenas) como mandados de otimização, portanto, entendendo-os como abertura interpretativa, o que chama à colação, necessariamente, a subjetividade do intérprete (filosofia da consciência), a hermenêutica – como já referido à saciedade – **parte da tese de que os princípios introduzem o mundo prático no direito, ‘fechando’ a interpretação, isto é, diminuindo ao invés de aumentar o espaço da discricionariedade do intérprete.** Claro que, para tanto, a hermenêutica salta na frente para dizer que, primeiro, são incindíveis os atos de interpretação e aplicação (com o que se supera o método) e, segundo, não há diferença estrutura entre hard cases e easy cases.<sup>259</sup> (grifos no original)

Embora não se desconheça que as regras e os princípios têm funções distintas perante o ordenamento jurídico, não há como cindir essas categorias, como se as regras pudessem subsistir sem os princípios. O que existe entre as duas categorias de normas é apenas uma diferença de caráter compreensivo que, no âmbito da hermenêutica, denomina-se “diferença ontológica”<sup>260</sup>,

<sup>258</sup> Para Luis Prieto Sanchís, “Desde la perspectiva de las relaciones entre juez y legislador, las normas materiales de la Constitución presentan un rostro jánico. De un lado, y por mucha fe que se tenga en la argumentación racional, parece que la aplicación de este tipo de normas comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de las reglas legales. Sin embargo, de otra parte, que es la que ahora más nos interesa, lo que parecen hacer los principios constitucionales es justamente cercenar la discrecionalidad o el arbitrio del legislador. En el esquema del positivismo la Constitución era fundamentalmente una Constitución de reglas formales, de manera que allí donde éstas no resultaban concluyentes o sencillamente aparecían como irrelevantes por su falta de contenido material se abría una amplia discreción legislativa no fiscalizable por ningún tribunal. En el esquema del constitucionalismo contemporáneo, en cambio, el sistema queda por así decirlo saturado mediante los principios; con la particularidad de que estos principios, que antes han limitado la libertad política del legislador, se muestran después como dúctiles instrumentos en manos del juez. La conclusión, tal vez poço matizada, puede formularse así: la rematerialización de la Constitución supone un desplazamiento de la discrecionalidad desde la esfera legislativa a la judicial; bien es verdad que no se trata ya de la misma discrecionalidad, y la diferencia debe o debería ser esencial: la del legislador ha sido siempre una discrecionalidad inmotivada, justificada en el mejor de los casos en su legitimidad democrática, mientras que la del juez pretende venir domeñada por una depurada argumentación racional”. (SANCHÍS, Luís Pietro. **Jurista constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trota, 2003. p.114-115).

<sup>259</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.182.

<sup>260</sup> Nesse particular, Lenio Luiz Streck faz a seguinte advertência: “Isso significa poder afirmar que o próprio sentido da validade de um texto jurídico tem um caráter ontológico (no sentido da diferença ontológica de que fala Heidegger). Ou seja, se ele somente tem sentido (válido) se estiver de acordo com a Constituição, ontologicamente esse sentido exsurta da antecipação do sentido proporcionado pelo movimento da circularidade, no qual o ser somente é ser-em, isto é, o ser é sempre ser de um ente (ou, de forma mais simples, a norma é sempre o resultado da interpretação de um texto). Enfim, numa palavra: nem o texto infraconstitucional pode ser visto apartado do sentido da Constituição, e nem esta (a Constituição) pode ser entendida como se fosse um ‘ser sem o ente’, ou uma categoria ou uma hipótese”. (Id. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.41, nota de rodapé n.º 385).

pois a possibilidade de compreensão da regra depende da existência do princípio que a instituiu. Portanto, o princípio é o elemento que confere existência à regra, sendo que aplicação da regra e também do seu princípio instituidor, ocorre num processo único, denominado *applicatio*.<sup>261</sup>

Com base nessas compreensões, concluiu-se que, embora desempenhando funções diversas, regras e princípios não são coisas separadas, que possam existir por si e em si, e ambos são aplicados a partir da unidade que compõe a *applicatio*. As regras se destinam a conferir segurança jurídica, pois estipulam, com certo grau de clareza e objetividade, a conduta que se espera dos seus destinatários, como também as respectivas sanções, na hipótese de afronta ao mandamento legal. Por sua vez, os princípios, por conterem valores presentes na sociedade, garantem a justiça e a possibilidade de penetração da facticidade no mundo jurídico, aproximando o direito da realidade social.<sup>262</sup>

De fato, um ordenamento que seja composto somente por regras é arriscado, pois impossibilita um necessário diálogo entre o direito e a realidade, impedindo a evolução do próprio direito. Do mesmo modo, não seria adequado um sistema jurídico composto unicamente por princípios, devido à falta de objetividade, segurança jurídica e certeza das condutas. Se o direito tem por objetivo a segurança das relações sociais e justiça, uma ordem jurídica democrática pressupõe a harmonia, um necessário equilíbrio entre regras e princípios.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Nos dizeres de Lenio Luiz Streck, “*Applicatio* significa impossibilidade de ‘acoplar’ conceitos às coisas. Em outras palavras, não há sentidos à disposição do intérprete que, posteriormente, venham a ser ‘encaixados’ as ‘coisas-ainda-sem-sentido’. É isso que significa *applicatio*”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.65). Nesse sentido, Lenio Luiz Streck, menciona que Hans-George Gadamer fala em um acontecer da verdade que se opera fenomenologicamente e surge a partir da compreensão que está vinculada à facticidade e historicidade do intérprete. Esses dois elementos proporcionam a formação da pré-compreensão do intérprete, condição de possibilidade para qualquer interpretação. Resumindo, significa dizer: “só interpreto se compreendo; só compreendo se tenho a pré-compreensão, que é constituída de uma estrutura prévia (Vorhabe), visão prévia (Vorsicht) e concepção prévia (Vorgriff), que já une todas as partes (textos) do ‘sistema’”. Assim, segundo Lenio, é a própria condição de ser-no-mundo do intérprete que propicia o sentido dos textos que são submetidos à sua apreciação, porquanto não há como se interpretar um texto desvinculado das pré-compreensões que o intérprete traz consigo. É equívoco pressupor, como fazia a hermenêutica clássica, que a interpretação ocorre por partes: primeiro compreendo (subtilitas intelligendi), depois interpreto (subtilitas explicandi), para somente finalmente aplicar (subtilas aplicandi). Gadamer recusa essa divisão ao deixar claro que esses três momentos conjugam-se em apenas um: na *applicatio*”. (Id. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2009. p.48). Com base nessas compreensões, e na linha da hermenêutica proposta por Gadamer, a interpretação não é um ato posterior à compreensão, antes, compreender é sempre interpretar e, por consequência, a interpretação é a manifestação da própria compreensão.

<sup>262</sup> Ibid., p.214.

<sup>263</sup> Calham nesse sentido as observações de Lenio Luiz Streck, para quem “a grande maioria dos juristas não se deu conta de que a separação do modelo de regras implica uma profunda alteração no direito. Ou seja, não se deram conta os juristas que é através dos princípios que ocorre a canalização para o âmbito das Constituições do elemento do mundo prático (a razão prática obnubilada pelo positivismo)”. (Ibid., p.214-215).

É justamente nessa linha de entendimento que se apresenta o Constitucionalismo contemporâneo, ou seja, de normatividade forte, e que nessas condições atribui importância à regra e aos princípios. É somente por meio dos princípios constitucionais, em especial dos direitos fundamentais, que passam a atuar como regras, que se faz possível fazer uma leitura moral da Constituição e das leis, conciliando o direito com a justiça. É justamente essa dimensão principiológica da Constituição que a coloca na posição de principal fonte material de toda a ordem jurídica.

E, para que se possa reconhecer uma teoria como sendo pós-positivista, se faz necessário: (i) reconhecer, em um Estado Democrático de Direito, que o direito tem por objetivo a reconstrução da sociedade, de maneira a possibilitar o cumprimento dos objetivos fundamentais estabelecidos no artigo 3.º da Constituição Federal; (ii) que em todos os casos, mesmo naqueles considerados “difíceis”, não mais se justifica qualquer atribuição de discricionariedade ao juiz para a resolução do problema, pois, em pleno Estado Democrático de Direito, não é razoável admitir que “a luz para determinação do direito in concreto provenha do protagonista da sentença”<sup>264</sup>, ou seja, em qualquer caso, simples ou difícil, não pode haver decisão judicial que não seja fundamentada e justificada em um todo coerente de princípios que revelem o ideal de integridade do direito, como será demonstrado ao final deste trabalho; (iii) a construção de uma nova teoria das fontes, em que a Constituição se apresenta como o local da elaboração do direito, ou seja, nenhuma norma poderá ser julgada válida se incompatível com a Constituição, assim como o texto maior passa a ter aplicabilidade imediata, sem a necessidade de intervenção legislativa.

### 3.3 O PROCESSO DE VERTICALIZAÇÃO DAS FONTES DO DIREITO

Todo o processo de evolução do constitucionalismo nos países europeus a partir do Segundo Pós-Guerra (evidentemente que com as suas especificidades), e também no Brasil com a promulgação da Constituição de 1988, apresentado de maneira sucinta nos tópicos anteriores, acabou por gerar um processo de verticalização das fontes do Direito, que a doutrina denomina “constitucionalização do direito”.<sup>265</sup>

---

<sup>264</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.468.

<sup>265</sup> Em realidade não há como se optar pela constitucionalização do direito, ou seja, não existe opção para o jurista, seja em teoria ou na prática, em trabalhar com a Constituição. A Constituição goza de normatividade plena, de maneira que analisar os institutos jurídicos perante o prisma constitucional é tarefa obrigatória. No entanto, a



As concepções de rigidez constitucional, de reconhecimento da supremacia e da força normativa e vinculante das Constituições, a potencialização da jurisdição constitucional, e a constitucionalização dos direitos fundamentais, promoveram radicais mudanças no paradigma do constitucionalismo, possibilitando de forma bem-sucedida a transformação do Estado de Direito no atual modelo, caracterizado como Estado Democrático de Direito.

Nesse sentido, os sistemas jurídicos contemporâneos passam a estar orientados a tutelar determinados direitos que possam satisfazer os interesses gerais de uma determinada sociedade, desvinculando-se do caráter individualista que até então permeava as Constituições modernas. Assim, as normas constitucionais passam a orientar a produção e condicionar a interpretação das normas do direito, público ou privado, e a vincular os poderes estatais, como também os próprios indivíduos nas suas relações particulares.

Esse processo de verticalização das fontes do direito está intimamente ligado à ideia de que, em decorrência de sua supremacia, a Constituição passa a ser protagonista dos sistemas jurídicos contemporâneos, e, como tal, o conteúdo material e axiológico que caracteriza as suas normas se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico.<sup>266</sup>

É importante esclarecer que esse processo não está diretamente associado àquela atividade de alçar e regular no texto constitucional questões antes relegadas ao direito infraconstitucional (embora esta seja uma de suas características, como a seguir se demonstrará), mas sim, ao processo que acaba por sugerir e orientar uma nova visão de ordenamento jurídico na perspectiva dos valores consagrados na Constituição, ou como sugere a doutrina, trata-se de realizar uma “filtragem constitucional do Direito”.<sup>267</sup>

Em decorrência do fato de que as normas constitucionais passam a contar com os atributos da imperatividade, normatividade e eficácia direta e plena, grande parte delas, notadamente aquelas que consagram direitos fundamentais e princípios constitucionais específicos, possui

expressão é comumente utilizada pela doutrina, a exemplo de: BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007. Ver também: BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.13, p.26-44, 2008.

<sup>266</sup> BARROSO, op. cit.

<sup>267</sup> SARMENTO, Daniel. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2009. p.27. Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, “a decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso Lüth é citada como o marco histórico a partir do qual se desenvolveu a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nesta decisão, ficou consignado que os direitos fundamentais também “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.180).

eficácia irradiante, ou seja, os valores que lhe dão suporte penetram e passam a orientar todos os ramos do ordenamento, público e privado, exigindo uma reformulação, uma releitura dos seus conceitos e institutos, de maneira a adequar-lhes a uma nova realidade constitucional.

Essa exigência decorre do reconhecimento de que os direitos fundamentais não mais são compreendidos tão somente como direitos públicos subjetivos (possibilidade que os indivíduos têm para fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito à ação que lhe é outorgado pela norma constitucional consagradora dos direitos fundamentais), mas pela razão de que se lhes agrega um *plus*, uma espécie de “mais valia”, que recebeu da doutrina a denominação “dimensão objetiva”.<sup>268</sup>

Os direitos fundamentais, além de sua dimensão subjetiva de proteção às situações que envolvam a individualidade, passam a desempenhar a função de instituir uma ordem objetiva de valores, que devem ser protegidos e fomentados pelo ordenamento jurídico, pelo Estado e por toda a sociedade, considerado o interesse desta na sua satisfação.<sup>269</sup>

Essa eficácia irradiante dos direitos fundamentais serve como diretriz para a atuação dos três poderes do Estado, impondo-lhe deveres comissivos e omissivos.<sup>270</sup> No âmbito do

<sup>268</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). **A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.119. Paralelamente à dimensão subjetiva, que considera os direitos fundamentais como direitos subjetivos, tanto a doutrina como a jurisprudência desenvolveram o conceito de dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nos dizeres de Ingo Wolfgang Sarlet, “a decisão proferida em 1958 pela Corte Federal Constitucional da Alemanha no caso L<sup>ü</sup>th é citada como o marco histórico a partir do qual se desenvolveu a teoria da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Nesta decisão, ficou consignado que os direitos fundamentais também “constituem decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição, com eficácia em todo o ordenamento jurídico e que fornecem diretrizes para os órgãos legislativos, judiciários e executivos. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.180).

<sup>269</sup> Questão relevante ao tema pesquisado refere-se à eficácia interpretativa decorrente da dimensão objetiva dos direitos fundamentais. Em decorrência da sua centralidade e proeminência axiológica, toda atividade interpretativa, do administrador e do juiz, há de ser realizada em conformidade e com vistas à maior realização possível dos direitos fundamentais. Em decorrência dessa premissa, quando diante da presença de conceitos jurídicos indeterminados (a exemplo de “improbidade”) ou de espaços de discricionariedade (reduzido grau de vinculação direta à lei ou de vinculação direta aos princípios constitucionais), deve o administrador socorrer-se do sistema de direitos fundamentais (a exemplo da dignidade da pessoa humana, juridicidade, culpabilidade, presunção da inocência, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito, presunção da inocência) para a formação dos juízos de apreciação ou de escolha.

<sup>270</sup> A Constituição Federal, dada a sua força normativa, vincula todos os poderes do Estado e a sociedade civil, ou como assevera Clèmerson Merlin Clève: “As Constituições, agora, são documentos normativos do Estado e da sociedade. A Constituição representa um momento de redefinição das relações políticas e sociais desenvolvidas no seio de determinada formação social. Ela não apenas regula o exercício do poder, transformando a potestas em auctoritas, mas também impõe diretrizes específicas para o Estado, apontando o vetor (sentido) de sua ação, bem como de sua interação com a sociedade. A Constituição opera força normativa, vinculando, sempre, positiva ou negativamente, os Poderes Públicos. Os cidadãos têm, hoje, acesso direto à normativa constitucional, inclusive para buscar proteção contra o arbítrio ou omissão do legislador”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.22).

legislativo, o processo de verticalização das fontes do direito acaba por reduzir o espaço da discricionariedade, o poder de conformação do legislador nos procedimentos de elaboração das leis, além de vincular suas ações no sentido da realização dos direitos e das políticas públicas estabelecidas na Constituição, impondo-lhe, ainda, a vedação de editar leis que violem os direitos fundamentais.

No Poder Executivo, além de reduzido o espaço da sua discricionariedade, o administrador deverá encontrar o fundamento de validade de seus atos não somente na lei e da sua conformidade com a Constituição, mas dela diretamente, independente de atuação legislativa.

Por fim, no Poder Judiciário, esse processo de verticalização acaba por condicionar a interpretação de todas as normas do ordenamento em conformidade com a Constituição, que passa a servir de parâmetro para o exercício do controle de constitucionalidade por ele a ser desempenhado, tanto na via incidental como nas ações diretas.

O processo de verticalização das fontes do Direito materializa o princípio da supremacia da Constituição, de maneira que nenhuma lei ou ato jurídico poderá subsistir validamente no ordenamento jurídico se for com ela incompatível. Para assegurar tal supremacia, a própria ordem jurídica contempla diversos mecanismos para invalidar e (ou) paralisar os efeitos dos atos contrários ao texto constitucional, ou seja, para propiciar o controle de constitucionalidade dos referidos atos.

Com isso, torna-se possível a preservação da normatividade dos atos infraconstitucionais, quando for viável a interpretação conforme a Constituição. Esta incide: (i) tanto em face do controle de constitucionalidade, mediante o qual o tribunal confere interpretação que melhor se compatibiliza com a Constituição, afastando outras interpretações contrárias que também poderiam ser extraídas do mesmo enunciado normativo, e (ii) como técnica de interpretação, mediante a qual, dentre as várias interpretações possíveis, deve-se adotar aquela que melhor se coaduna com os fins e valores da Constituição Federal.

No que se refere à primeira incidência, a interpretação conforme é de suma relevância para o objeto deste trabalho, principalmente no sentido de adotar-se a interpretação que melhor se coaduna com os fins e valores da Constituição, impondo-se ao administrador, quando no exercício da competência disciplinar, a aplicação do princípio da interpretação conforme a

Constituição.<sup>271</sup> Assim, quando estiver o intérprete (aparentemente) diante de duas opções abstratamente válidas perante o direito, deve escolher a mais compatível com a Constituição, já que uma das finalidades da Administração Pública é a concretização dos fins e valores previstos na Carta Constitucional. Na verdade, nesta hipótese em que subjaz uma interpretação mais conforme a Constituição, não há que se cogitar de qualquer discricionariedade, existindo vinculação à opção que melhor concretiza o texto constitucional.

Já a segunda hipótese de incidência que decorre da preeminência normativa da Constituição, é a filtragem constitucional que, ao contrário da situação anterior, exige um sistema aberto de regras e princípios, permitindo-se o constante diálogo do direito com a realidade social, política e econômica.<sup>272</sup>

Dessas condições exsurge que as concepções relativas à Constituição formal e material devem ser substituídas pela ideia de sistema, de maneira a possibilitar um constante diálogo entre as referidas realidades (jurídica e material) que dialeticamente se complementam. Para tanto, faz-se necessário reconhecer a abertura do sistema, possibilitando que as normas constitucionais possam internalizar as modificações ocorridas na sociedade, propiciando a correlação entre direito e justiça.

Nesse sentido, o administrador, quando no exercício das suas competências, deve estar atento para as características e especificidades deste novo sistema constitucional, harmonizando as suas atividades a essas peculiaridades, de maneira a melhor exercer a sua função. Para tanto, o

---

<sup>271</sup> Sobre o tema, disserta Lenio Luiz Streck: “alçada à categoria de princípio, a interpretação conforme a Constituição é mais do que princípio, é um princípio imanente da Constituição, até porque não há nada mais imanente a uma Constituição do que a obrigação de que todos os textos normativos do sistema sejam interpretados de acordo com ela. Desse modo, em sendo um princípio (imanente), os juízes e tribunais não podem (continuar a) (só) negar a sua aplicação, sob pena de violação da própria Constituição”. (STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.573-574).

<sup>272</sup> Nessa perspectiva, Paulo Ricardo Schier aduz que: “Então, com a filtragem constitucional fala-se da preeminência normativa da Constituição pressupondo uma teoria da norma constitucional que compreenda a sua dimensão normativo-linguística e também material. Bem como, ainda, fala-se de uma teoria da norma englobante da esfera da pré-compreensão do intérprete, enquanto sujeito integrante da realidade e do contexto material do Direito e, de consequência, integrante da própria estrutura da norma (categoria que exige a existência de um caso concreto posto a resolver, não se confundindo com as regras e princípios em sua perspectiva puramente linguística – o enunciado do texto). [...] Sob o viés da dialeticidade direito positivo/realidade material, a atualização do direito infraconstitucional à luz da axiologia Constitucional será decorrência que viabilizará o diálogo com a realidade social, aprendendo com ela através da abertura dos princípios e, destarte, permitindo a capacidade de aprendizagem da ordem jurídica com a sociedade e, por sua vez, desses aspectos, será compreensível a evolução da ordem jurídica sem que seja necessário implementar-se reformas legislativas que modifiquem a textualidade normativa”. (SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999. p.107-107).

agente deve buscar subsídios na lei (quando em compatibilidade com o texto constitucional), e também na Constituição, que possui força normativa, aplicabilidade direta e imediata. Trata-se do princípio da juridicidade administrativa, que condiciona a atividade administrativa não apenas às leis e atos normativos incidentes, mas também aos princípios que informam o regime jurídico administrativo, cujo tema será tratado com mais ênfase no tópico seguinte.

Há que se observar, também, que em todo e qualquer processo de interpretação e aplicação das normas Constitucionais, é indispensável o reconhecimento do princípio da unidade da Constituição, que impõe ao intérprete “o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas jurídicas. A superior hierarquia das normas constitucionais impõe-se na determinação de sentido de todas as normas do sistema”.<sup>273</sup> Ocorrendo colisão entre normas constitucionais de idêntica hierarquia, deve-se promover a concordância prática dos bens jurídicos em jogo, preservando-se o máximo possível de cada um.

Embora não afeta ao trabalho, outra característica marcante do processo de verticalização das fontes do direito diz respeito ao fato que as normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais passam a orientar e vincular as relações entre os particulares, reduzindo, dessa forma, os espaços de liberdade e condicionando a autonomia da vontade aos valores constitucionais e aos direitos fundamentais.

Parte-se do pressuposto de que não é somente o Estado o opressor dos indivíduos, mas também outros particulares, o que fez com que surgisse a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, aplicada nas relações privadas, em que os interesses antagônicos são entre particulares.<sup>274</sup> Enquanto a eficácia vertical é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações existentes entre os particulares e o Estado, a eficácia horizontal é a aplicação dos direitos fundamentais nas relações que se estabelecem entre particulares.<sup>275</sup>

---

<sup>273</sup> BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009. p.300.

<sup>274</sup> Em realidade, no constitucionalismo contemporâneo amplia-se a concepção da teoria da eficácia vertical dos direitos fundamentais, pois ela já se fazia presente no Estado liberal com a finalidade de proteger o cidadão das atuações exacerbadas de um Estado absolutista monárquico. No Estado liberal a Constituição regulava apenas as relações entre o Estado e os particulares, enquanto o Código Civil disciplinava as relações privadas. Assim, os direitos fundamentais se tratavam de direitos públicos subjetivos e que funcionavam como direitos de defesa em face do Estado. No entanto, a violação dos direitos fundamentais não ocorre somente nas relações que se estabelecem entre Estado e indivíduos, e na qual vigora a verticalidade, mas também nas relações jurídicas entre particulares, marcada pela horizontalidade.

<sup>275</sup> A eficácia horizontal dos direitos fundamentais passou a ser discutida na metade do século XX, na Alemanha, tendo como caso-líder o “Caso Luth”, que foi julgado pelo Tribunal Constitucional Alemão em 1958. No que se refere à decisão deste caso, Robert Alexy, afirma que há três ideias que serviram para moldar fundamentalmente o Direito Constitucional Alemão: “A primeira ideia foi a de que a garantia constitucional de direitos individuais não é simplesmente uma garantia dos clássicos direitos defensivos do cidadão contra o Estado. Os direitos constitucionais incorporam, para citar a Corte Constitucional Federal, ‘ao mesmo tempo

Como a relação entre particulares é, ao menos teoricamente, de coordenação, de igualdade jurídica, quando os direitos fundamentais são aplicados a essas relações, menciona-se que os direitos fundamentais têm uma eficácia horizontal ou privada. Essas concepções exigem do intérprete que, na solução dos conflitos de interesses decorrentes das relações privadas e que tenham por objeto os direitos fundamentais, concilie os valores envolvidos no conflito.<sup>276</sup>

No Brasil, somente com a promulgação da Constituição de 1988 é que se produz um solo relativamente fértil que, indiferente as suas imperfeições, possibilitou não somente a implantação das regras que delimitam os Poderes estatais e o jogo democrático, mas também o estabelecimento de valores substanciais, como a dignidade humana e sobre o qual construiu um extenso rol de direitos e garantias fundamentais, que se apresentam como um *abre alas* da Constituição Brasileira.

Todas as condições para esse processo de verticalização das fontes do Direito estão presentes na Constituição brasileira, pois: a supremacia da Constituição é garantida pelos mecanismos especiais para a sua reforma e pela existência de cláusulas pétreas; existe um extenso rol de direitos fundamentais; e, por fim, o sistema jurídico conta com diversas vias de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos estatais.

No entanto, muito caminho há que ser percorrido, e muito há que ser realizado. Para tanto, faz-se urgente a superação desse estado letárgico dos agentes públicos, e até mesmo dos cidadãos, por uma posição mais ativa como forças produtivas de interpretação<sup>277</sup>, mesmo porque

---

uma ordem objetiva de valores'. Mais tarde a Corte fala simplesmente de 'princípios que são expressos pelos direitos constitucionais'. Assumindo essa linha de raciocínio, pode-se de dizer que a primeira ideia básica da decisão do caso L $\ddot{u}$ th era a afirmação de que os valores ou princípios dos direitos constitucionais aplicam-se não somente à relação entre o cidadão e o Estado, muito além disso, à 'todas as áreas do Direito'. É precisamente graças a essa aplicabilidade ampla que os direitos constitucionais exercem um 'efeito irradiante' sobre todo o sistema jurídico. Os direitos constitucionais tornam-se onipresentes (*ubiquitous*). A terceira ideia encontra-se implícita na estrutura mesma dos valores e princípios. Valores e princípios tendem a colidir. Uma colisão de princípios só pode ser resolvida pelo balanceamento. A grande lição da decisão do caso L $\ddot{u}$ th, talvez a mais importante para o trabalho jurídico cotidiano, afirma, portanto, que: Um 'balanceamento de interesses' torna-se necessário". (ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v.16, n.2, p.136, jun. 2003).

<sup>276</sup> Ingo Wolfgang Sarlet entende que devem ser feitas duas considerações a respeito da aplicação da teoria da eficácia dos direitos fundamentais às relações privadas: "primeiro, quando há relativa igualdade das partes figurantes da relação jurídica, deve prevalecer o princípio da liberdade para ambas, somente se admitindo a eficácia direta dos direitos fundamentais na hipótese de lesão ou ameaça ao princípio da dignidade da pessoa humana ou aos direitos da personalidade e; segundo, quando a relação privada ocorre entre um indivíduo, ou grupo de indivíduos e os detentores de poder econômico ou social, há consenso para se admitir a aplicação da eficácia horizontal, pois tal relação privada assemelha-se àquela que se estabelece entre os particulares e o Poder Público (eficácia vertical)". (SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p.392).

<sup>277</sup> Segundo Peter Häberle, embora a interpretação constitucional dos juizes seja relevante, não é (nem deve ser) a única. Os cidadãos, os grupos de interesse, órgãos estatais, o sistema e a opinião pública constituem forças produtivas de interpretação, atuando, pelo menos, como pré-intérpretes do complexo normativo constitucional.

o ambiente é propício, pois ao juridicizar esses valores, exprimindo-os, no mais das vezes, em linguagem vaga e abstrata, sem, contudo, deixar de reconhecer ser caráter normativo, a Constituição torna possível a filtragem constitucional da totalidade do ordenamento jurídico brasileiro.<sup>278</sup>

O processo de verticalização das fontes do direito não pressupõe tão somente essa penetração/irradiação do conteúdo material e axiológico da Constituição por todo o sistema jurídico, embora seja a sua característica mais marcante. Mas, para além dela, outra característica também possui papel relevante neste novo paradigma constitucional, em especial no Brasil, que é a regulação direta, na própria Constituição, de matérias antes reservada à legislação infraconstitucional, e que o constituinte brasileiro de 1988 foi pródigo em regular, a exemplo do direito civil, penal, trabalho, processual, em especial no direito administrativo, que, por estar intimamente vinculado com a pesquisa, será analisado no tópico seguinte.

Evidentemente que esse processo não pressupõe a necessidade da regulação de matérias afetas ao direito infraconstitucional na Constituição; no entanto, não há como se desconsiderar que tal condição altera consideravelmente o modo de pensar, interpretar e aplicar as normas legais, pois a partir do instante em que os princípios e as regras específicos de uma determinada disciplina ascendem à Constituição, sua interação com as demais normas daquele subsistema muda de qualidade e passa a ter um caráter subordinante. Trata-se, segundo Luiz Roberto Barroso, da “constitucionalização das fontes do direito naquela matéria”.<sup>279</sup>

Muito embora o reconhecimento da verticalização das fontes do direito seja salutar para a definitiva consagração do Estado Constitucional de Direito, que pressupõe a efetividade das normas constitucionais veiculadoras dos direitos fundamentais, alguns entraves dele decorrentes devem ser superados, destacando-se, dentre eles, dois problemas identificados por Daniel Sarmento.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade de que esse processo possa provocar uma anarquia metodológica, ou seja, uma utilização exarcebada de normas vagas e abstratas, somada ao fato de que não raro elas são interpretadas sem qualquer critério racional pelos administradores, e em especial pelo Judiciário, causando sérios prejuízos ao Estado Democrático de Direito.<sup>280</sup>

(HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos interpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997).

<sup>278</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.124-125.

<sup>279</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.38, 2007.

<sup>280</sup> SARMENTO, op. cit., p.115.

Com efeito, não se desconhecendo ser um dado altamente positivo a atribuição de maior carga normativa aos princípios, isso pode ensejar (e tem ensejado) uma indevida prática do decisionismo, em que os administradores e juízes passam a ignorar o dever constitucional que lhes é imposto de fundamentar racionalmente as suas decisões, passando a socorrer-se dos princípios em todo e qualquer caso, indiferentes à existência ou não de regras que possam solucionar o conflito.

Outro problema levantado pelo autor diz respeito à aproximação entre constitucionalismo e democracia, pois, a partir do momento em que se admite a constitucionalização de determinada decisão, acaba-se por retirá-la do alcance da maioria, ou nos seus dizeres, caso tudo estivesse constitucionalizado, o povo não poderia, por intermédio de seus representantes, decidir a respeito de mais nada, uma vez que a Constituição já teria tomado todas as decisões previamente.<sup>281</sup>

Essa situação se revela mais grave ainda se consideramos que a última decisão em matéria constitucional, especificamente no Brasil, compete ao Supremo Tribunal Federal, cuja composição está na livre escolha do Presidente da República. Seus Ministros, diferentemente dos chefes dos demais poderes, não são eleitos, e como tal, não respondem politicamente em face dos cidadãos. Dessas circunstâncias decorre o caráter contramajoritário da jurisdição constitucional, diante da constatação de que as valorações e escolhas feitas pelos Ministros dependem de legitimação democrática.

Portanto, embora evidente a legitimidade democrática formal (previsão constitucional da forma de nomeação dos Ministros), deve a Corte envidar esforços no sentido de alcançar a legitimidade substancial, mediante as seguintes condições: (i) fundamentar racionalmente as suas decisões, o que significa deixar evidente quais são os fundamentos jurídicos que sustentam a decisão e que refletem o entendimento do colegiado, e não meras agregações de opiniões derivadas de uma votação por maioria, como se a decisão fosse uma colcha de retalhos; o controle e a aceitabilidade da decisão pela sociedade não podem ocorrer pela verificação de um simples placar (6x5 ou 4x3), mas pela compreensão do conteúdo da decisão e que reflète a voz de uma instituição dotada de racionalidade própria<sup>282</sup>; (ii) promover a abertura dos seus procedimentos à participação da sociedade civil, o que pode ser perfeitamente realizado mediante a ampliação

---

<sup>281</sup> SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.115.

<sup>282</sup> Ou seja, muito aquém da exigência do ideal de integridade do direito (Ronald Dworkin), as decisões dos tribunais não possuem nem mesmo uma mínima coerência dentro de suas próprias decisões colegiadas, até mesmo no próprio voto.



dos instrumentos constitucionais de representação popular direta, a exemplo do *amicus curiae* e das audiências públicas.

Como se demonstrou, a Constituição passa a ser a protagonista do cenário jurídico. Diante da sua supremacia formal e material, passa a irradiar toda a sua força normativa, servindo como o principal referencial a orientar e dar validade a todo o sistema normativo, como também de norte para a interpretação e aplicação de todas as suas normas, em especial do Direito Administrativo.

### 3.4 A CONSTITUIÇÃO COMO FONTE PRIMÁRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO – A NECESSIDADE DA RELEITURA DE ALGUNS INSTITUTOS

O fenômeno da progressiva verticalização das fontes do Direito propiciou um ambiente favorável para a superação da dogmática jurídico-administrativa, que pressupõe a edificação do regime jurídico administrativo, agora sobre outras bases, ou seja, no âmbito dos sentidos da Constituição.

No Brasil, esse processo tem início com a promulgação da Constituição de 1988, quando se promoveu o processo de abertura democrática, que proporcionou alterações significativas na vida política, social, econômica e jurídica da nação.

Essa abertura constitucional acabou gerando uma grande movimentação no sentido da consagração constitucional do regime jurídico administrativo, causada pelo estabelecimento de extenso rol de normas constitucionais voltadas para a disciplina da Administração Pública; pelas significativas transformações econômicas, sociais e políticas sofridas pelo Estado nos últimos anos; e, em especial, pela influência que os princípios constitucionais passaram a exercer sobre todos os ramos do direito. A conjugação dessas circunstâncias exigiu o estabelecimento de um novo panorama, caracterizado pela necessidade de revisão e, até mesmo, a superação dos paradigmas que sustentaram, ou ainda sustentam a dogmática jurídico-administrativa.

Ao destinar um capítulo próprio à Administração Pública, com exagerado grau de detalhamento, a ponto de ter estabelecido um verdadeiro estatuto dos servidores públicos<sup>283</sup>, estabelecendo expressamente logo de início os princípios norteadores da Administração Pública

---

<sup>283</sup> BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

Brasileira, a Constituição fixou as bases de um novo regime jurídico administrativo<sup>284</sup>, caracterizado por um conjunto de normas e princípios que visam limitar, estabelecer parâmetros e vincular toda a atividade administrativa do Estado.

No entanto, muito embora a doutrina, e até mesmo a jurisprudência tenham contribuído para a concretização desse novo paradigma nos últimos anos, grande parcela esteve (e ainda está) atrelada à concepção tradicional de que o regime jurídico administrativo é edificado sobre duas ideias distintas, caracterizadas no difundido binômio: “*prerrogativas e sujeições*”. Por meio das prerrogativas, conferem-se à Administração poderes sem equivalentes nas relações com os indivíduos, e que lhe permitem assegurar a *supremacia do interesse público sobre o particular*, impondo limitações ao exercício dos direitos individuais em benefício do bem-estar coletivo; e, por meio das restrições, busca-se impor limitações à atividade estatal, de maneira a assegurar a liberdade dos indivíduos em face dele, e que serve de fundamento ao *princípio da legalidade*.<sup>285</sup>

Com o respeito que se deve aos autores que ainda propagam a ideia de regime jurídico administrativo fundado na supremacia do interesse público sobre o particular, e dos institutos daí decorrentes, como a autotutela, autoexecutoriedade, presunção de legitimidade e discricionariedade como liberdade, tais concepções não mais se amoldam aos padrões normativos estabelecidos pela Constituição de 1988, que estão a exigir a reformulação desses institutos e conceitos clássicos do direito administrativo, que privilegiam a existência de verticalidade nas relações que se estabelecem entre os cidadãos e particulares, e que não raro desfilam, sem muita reflexão, no conjunto de inúmeras decisões administrativas e judiciais.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> Como bem observado por Romeu Felipe Bacellar Filho, “se uma das pedras de toque do estado de direito é a fixação de um regime jurídico administrativo, com a Constituição de 1988 restou identificada a presença de um regime constitucional-administrativo, fundado em princípios constitucionais expressos: legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência. Para o autor “não se pode olvidar de princípios constitucionais implícitos que também estão positivados no texto constitucional, mas decorrem de uma interpretação sistemática dos princípios expressos e do regime democrático”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.27)

<sup>285</sup> Esse é o entendimento Manifestado por: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. p.59-61.

<sup>286</sup> A necessidade da desconstrução dos paradigmas clássicos do direito administrativo foi bem formulada por Marçal Justen Filho, quando afirma que “o instrumental teórico do direito administrativo se reporta ao século XIX. Assim se passa com os conceitos de Estado de Direito, legalidade, discricionariedade administrativa, poder de polícia. A fundamentação filosófica do direito administrativo se relaciona com a disputa entre León Duguit e Maurice Hauriou, ocorrida nos primeiros decênios do século XX [...] Ora, a evolução sociopolítica posterior incorporou alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes. A função e o conteúdo da Constituição foram impregnados por princípios e valores democráticos, o que se afirma com ainda maior relevância no Brasil. Mas todas estas modificações não ingressaram de modo imediato e em termos integrais no direito administrativo. Em alguns temas, o conteúdo e as interpretações do direito administrativo permanecem vinculados a referidos a uma realidade sócio-política que há muito

Além da necessária reformulação desse modelo verticalizado de prerrogativas e privilégios administrativos, há que se ter em mente que os princípios, que antes possuíam função supletiva ou interpretativa, adquirem normatividade, e nessas condições exigem uma radical mudança no processo de interpretação e aplicação do direito, que passou a ser caracterizado pela impossibilidade de se utilizar os instrumentais teóricos e metodológicos do positivismo jurídico, notadamente a técnica da subsunção, para a interpretação e aplicação das normas constitucionais dos diversos sistemas jurídicos contemporâneos, fundamentadas em princípios democráticos.

A Constituição de 1988 criou um ambiente propício para essa nova mentalidade, afirmando a sua supremacia<sup>287</sup>, ao dispor de um extenso rol de direitos fundamentais, um sistema amplo de controle de constitucionalidade, e um capítulo destinado à Administração Pública. Essas condições se apresentam como instrumentais que possibilitam superar a concepção tradicional da supremacia do interesse público sobre o particular, e ao mesmo tempo edificar um novo paradigma, que tenha suas atenções voltadas ao princípio da dignidade humana e à supremacia dos direitos fundamentais.

Portanto, faz-se necessário alçar o Direito Administrativo ao patamar das instituições constitucionais. Para isso, toda a atividade administrativa estatal deve estar impregnada do real sentido das Constituições contemporâneas, de maneira a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores nelas consagrados. A transformação do Estado de Direito em Estado Democrático de Direito, bem como a realização dos valores mais sagrados de uma sociedade, pressupõe muito mais do que dotar o país de uma Constituição; a transformação concreta da realidade social, econômica e política, e sua adequação ao modelo constitucional exigido pelas sociedades contemporâneas dependem principalmente do desenvolvimento de uma atuação administrativa efetiva.

Nessas condições, o Constitucionalismo contemporâneo está a exigir que se atribua uma nova dimensão aos princípios constitucionais da Administração Pública, não só àqueles expressamente previstos no artigo 37 da Constituição Federal, mas a todos que vinculam a

---

deixou de existir. O instrumental do direito administrativo é, na sua essência, o mesmo de um século atrás. Talvez se possa encontrar aí uma das causas das dificuldades do próprio direito constitucional brasileiro, cujo ritmo de evolução não é acompanhado pelo direito administrativo. É necessário constitucionalizar o direito administrativo, o que significa, então, atualizar o direito administrativo e elevá-lo ao nível das instituições constitucionais". (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.78/79).

<sup>287</sup> Isso significa que o processo de produção legislativa e interpretação do direito administrativo seja levado a cabo conforme os princípios constitucionais. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28).

atividade do administrador, como a segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, do contraditório, da ampla defesa, da presunção da inocência, da juridicidade, tipicidade, presunção de inocência, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito.

Portanto, é somente a partir das concepções que conferem suporte ao novo constitucionalismo (reconhecimento da supremacia e da força normativa e vinculante das Constituições, que possibilitaram a aplicação direta e imediata de suas normas referentes aos diretos e garantias fundamentais; a normatividade axiológica dos princípios, que exige a interpretação das leis em conformidade com a Constituição; a potencialização da jurisdição constitucional) que se torna possível o surgimento de um regime jurídico administrativo, agora sob uma nova base, ou seja, no âmbito dos sentidos edificados a partir da Constituição Federal de 1988, como centro de legitimação e validade das decisões estatais.

Para tanto, o debate que deve ser mantido para a efetiva consagração do regime constitucional do Direito Administrativo, deve estar centrado na superação de três de seus paradigmas clássicos (que se estabeleceram a partir das concepções liberais do Estado de Direito e que ainda permeiam o imaginário jurídico), por estarem em descompasso com a nova configuração do Estado Democrático de Direito, a saber:

- a) a noção de *supremacia do interesse público sobre o interesse privado* – que serviu e ainda serve de fundamento e fator de legitimação de todo o conjunto de prerrogativas e privilégios que constitui o regime jurídico administrativo – pela noção de *supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*, que pressupõe a investigação e a conciliação dos valores e interesses envolvidos, à vista dos elementos normativos e fáticos relevantes para o caso em concreto;
- b) a ideia da *vinculação da Administração à lei* (caracterizada na alegada submissão total do atuar da Administração à vontade geral do povo expressada previamente pelo Parlamento) pela ideia de uma nova dimensão ao padrão de legalidade, transmutando o princípio da legalidade em *princípio da subordinação à Constituição ou juridicidade*;
- c) a ideia de *escolhas discricionárias*, que restringiam o controle da Administração por parte do Poder Judiciário, pelos tribunais de contas e até mesmo pelos cidadãos, pela ideia de que os princípios constitucionais que informam o regime jurídico da Administração Pública reduziram a noção de discricionariedade, que passa a estar limitada aos procedimentos previstos na Constituição, ou seja, a

*discrecionalidade contida*, que amplia consideravelmente os espaços de controle da atividade administrativa.

O referencial desse debate, que visa desconstruir as concepções clássicas acerca do regime jurídico administrativo e propor novos paradigmas, é a Constituição, que assume a função de âncora normativa e que possibilitará legitimar novos institutos e conceitos do Direito Administrativo.

A premissa básica é o fato que tanto a organização administrativa da Administração Pública como, em especial, a disciplina instrumental, estrutural e finalística de sua atuação devem sempre estar edificadas a partir da própria estrutura da Constituição, entendida em sua dimensão material de estatuto básico do sistema de direitos fundamentais e da democracia.<sup>288</sup>

### 3.4.1 Os direitos fundamentais: Supremacia e indisponibilidade

Como antes mencionado, ainda se faz presente nas universidades e faculdades de direito, nos cursos preparatórios para as carreiras jurídicas, como também na doutrina<sup>289</sup> e jurisprudência brasileiras, a ideia de que o princípio que dá a tônica do regime jurídico administrativo é o princípio da *supremacia do interesse público sobre o privado*. Segundo essa concepção, referido princípio é uma premissa para que se possa compreender o regime jurídico do direito público, pois indica a superioridade e a prevalência do interesse da coletividade quando no confronto com os interesses individuais. A observância desse princípio, segundo este entendimento, propicia uma ordem social estável, em que os indivíduos podem sentir-se garantidos e resguardados.

Por essa concepção, o interesse público se caracteriza pelo conjunto de interesses que os cidadãos têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade. A supremacia do interesse público é interpretada no sentido de superioridade sobre os diversos interesses existentes em sociedade, e sobre os quais os interesses privados não podem prevalecer.

---

<sup>288</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.13, p.28, 2008.

<sup>289</sup> Ressaltando a relevância dos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público, Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que “trata-se de verdadeiro axioma reconhecível no moderno direito público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo, da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011. p.73). No mesmo sentido, ver: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. p.59-60.

Para os que defendem essa ideia, a supremacia e indisponibilidade do interesse público estão vinculadas diretamente ao princípio republicano, que pressupõe a dissociação entre a titularidade e o exercício do interesse público. Numa concepção jurídica, a titularidade do interesse público está nas mãos da sociedade, do povo, e considerando que à Administração não é atribuído qualquer poder de escolha entre satisfazer ou não os interesses públicos, então tais interesses são indisponíveis.

Tais concepções não mais se compatibilizam com o Constitucionalismo contemporâneo, em que a consagração dos direitos fundamentais e a democracia, passam a ser o fundamento e a condição de legitimidade do Estado Democrático de Direito.

*Primeiro*, porque não há mais como se admitir que somente um único fundamento jurídico possa fundamentar e justificar o regime jurídico administrativo na contemporaneidade. Uma das características mais marcantes do novo constitucionalismo é o fato que uma infinidade de princípios passa a compor o ordenamento jurídico, expressando a pluralidade de valores sociais que foram consagrados pela Constituição. Nessas condições, inevitáveis são as tensões entre os diversos interesses da sociedade, todos merecedores de atenção por parte do Estado.

Portanto, não há mais como se sustentar que o princípio da supremacia do interesse público seja absoluto, devendo compatibilizar-se com os demais princípios, inclusive com àqueles que visam assegurar interesses privados, mesmo porque todos eles se encontram no mesmo plano constitucional. Assim, a solução concreta exige a conciliação entre os diversos princípios em tensão, buscando sempre que possível promover a realização mais intensa de todos eles.

Diante dessas condições, não há como se atribuir, de maneira generalizada e abstrata, qualquer tipo de supremacia absoluta em favor de alguém que seja titular de posição jurídica privilegiada em face de outrem, nem mesmo ao Estado. Todo e qualquer direito, interesse, poder, competência ou ônus são limitados sempre pelos direitos fundamentais.

Assim, não existe fundamento jurídico que possa sustentar que, em havendo conflito entre titulares de posições antagônicas, em especial nas relações que se estabelecem entre o Estado e os cidadãos, o conflito possa ser solucionado mediante a afirmação absoluta e ilimitada da preponderância de um princípio sobre o outro. Deve o conflito ser solucionado levando em consideração as circunstâncias concretas, mediante a aplicação das regras e dos princípios consagrados pela ordem jurídica.

*Segundo*, os conflitos não ocorrem somente entre os interesses públicos e interesses privados. O regime jurídico administrativo envolve a afirmação de uma pluralidade de interesses igualmente considerados como públicos, tornando-se muito simplista a afirmação de que em

havendo conflito entre dois ou mais destes interesses, isso se resolve por via da prevalência do interesse público.

É o que ocorre, por exemplo, na necessidade da construção de uma determinada via pública que reduza consideravelmente o percurso dos moradores de determinado bairro até o centro da cidade, tornando inclusive mais seguro o trajeto, que atualmente é feito em rodovia federal de intenso trânsito. Ocorre que para a construção da via pública se faz necessário utilizar uma extensa área considerada de preservação permanente. Nesse caso, há o interesse público na construção da via pública e, ao mesmo tempo, existe o interesse público na proteção do meio ambiente, ambos merecedores de atenção por parte do Estado.

*Terceiro*, embora a doutrina não raro se utilize da expressão “interesse público”, não se arrisca a definir a expressão nem apresentar um conceito que possa atribuir-lhe um mínimo de precisão; e nem poderia, pois a fluidez conceitual inerente à noção de interesse público impossibilita que se delimite a exatidão de seu conteúdo. Ocorre que, essa impossibilidade de se fixar parâmetros para determinar o efetivo interesse público, acaba dando margem a arbitrariedades ofensivas à democracia e aos valores fundamentais. Portanto, a função primordial atribuída ao interesse público está a exigir que se lhe fixem contornos mais precisos.

Marçal Justen Filho entende que antes de se tentar determinar aquilo que o interesse público poderia ser, faz-se necessária uma conceituação negativa (excludente) de maneira a delimitar aquilo que o interesse público não é. Segundo o autor, *não se confunde o interesse público com o interesse do Estado*, pois nem sempre os interesses públicos são estatais, o que envolve, por exemplo, o denominado Terceiro Setor, composto por organizações não governamentais. Logo, o interesse é público não por ser de titularidade do Estado, mas a ele é atribuído por ser público.

Da mesma forma, *não se confunde com o interesse do aparato administrativo*, pois o chamado “interesse secundário”<sup>290</sup>, que caracteriza os interesses da Administração, se trata de

---

<sup>290</sup> A doutrina administrativa brasileira classifica o interesse público em primário e secundário; classificação esta apresentada pelo autor italiano Renato Alessi, quando este faz a análise da supremacia jurídica de que goza a Administração Pública e seus limites. O autor apresenta os limites para a supremacia administrativa elencando, em primeiro lugar, a importância que uma norma jurídica possui ao legitimar o comando administrativo a fim de oferecer “certa garantia de tutela dos indivíduos contra a possibilidade de arbítrio e opressão por parte dos governantes” impedindo que estes façam uso do poder de forma diversa daquela que impõe a satisfação do interesse público. Outro limitador é a função administrativa que compreende o encargo de concretizar os interesses públicos; e estes não são simplesmente os interesses da Administração como pessoa jurídica. Nesse sentido, o autor identifica interesses primários e secundários do Estado. Os interesses primários decorrem da dimensão pública dos direitos de indivíduos inseridos num dado contexto social. Os interesses secundários decorrem de toda manifestação de vontade do Estado como pessoa jurídica, “interesse, portanto, subjetivo, enquanto próprio do sujeito, e também, em sentido lato, patrimonial”. Ainda, como bem ressalta o jurista italiano,

meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito, e nestas condições é público. E, ainda, o interesse público *não se confunde com o interesse do agente público*, pois o exercício da função pública não pode ser maculado pelos seus interesses privados e egoísticos; e, por fim, não é o *interesse privado comum a todos os cidadãos ou da maioria*, pois a unanimidade nunca será atingida e a maioria destrói os interesses da minoria, o que seria incompatível com os ideais do Estado Democrático.<sup>291</sup>

A partir dessas observações, pode-se concluir que a incidência de um regime jurídico diferenciado que possa caracterizar o direito administrativo contemporâneo, não decorre de razões meramente técnicas, econômicas ou aritméticas; o núcleo da distinção entre público e privado assenta-se no estabelecimento de padrões éticos.<sup>292</sup>

Existem conflitos que envolvem a realização de princípios e valores fundamentais vinculados diretamente à dignidade da pessoa humana, e que nesta condição não podem ser objetos de livre disposição pelo Estado. Dessa afirmação decorre que um interesse somente pode ser caracterizado como “público” quando ele é indisponível, e não o inverso. Portanto, a caracterização de um interesse como sendo público depende da constatação, *a priori*, da sua condição de indisponibilidade, ou seja, do fato que não pode ser colocado em risco e porque sua natureza exige que seja realizado.

Portanto, a “pedra de toque” que permite estabelecer um regime jurídico administrativo diferenciado e amoldado aos fins do novo constitucionalismo, está na configuração inicial de um direito fundamental de natureza indisponível, que, nessas condições, passa a ser reconhecido como público e, como tal, de titularidade do Estado, que por sua vez tem o dever constitucional de promover a sua concretização.

Nesse sentido, a atividade administrativa passa a estar subordinada a um critério fundamental que é anterior à supremacia do interesse público, de maneira que somente uma decisão estatal proferida por meio do procedimento satisfatório, com respeito aos direitos fundamentais e aos interesses legítimos, poderá ser reputada como traduzindo o interesse público. Essa compreensão exige que a ideia de *supremacia do interesse público sobre o privado* seja

---

outro limitador da supremacia administrativa deriva do entendimento de que os interesses secundários são apenas legítimos se forem coincidentes com os interesses primários e, assim, colocam-se como garantia “de que a ação administrativa seja efetivamente direta na realização do interesse público”. (ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1953. p.151-153 - tradução livre).

<sup>291</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.121-123.

<sup>292</sup> Ibid., p.122-123.



substituída, nos dizeres de Marçal Justen Filho, pela noção de *supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais*.<sup>293</sup>

No entanto, uma observação deve ser feita. Uma das principais características das sociedades democráticas é a pluralidade de interesses que compõem um extenso rol de direitos fundamentais nas Constituições. Nessas condições, não se faz possível ao legislador estabelecer soluções predeterminadas e abstratas para as tensões que inevitavelmente surgirão entre interesses antagônicos. Assim, outorga-se aos administradores e juízes a tarefa de examinar, em face das situações concretas, o regime jurídico aplicável, identificando os princípios e as regras, e levando em considerações as peculiaridades do caso em concreto; ou seja, a eles se impõe o dever jurídico de conciliar os interesses em jogo, de maneira a buscar a sua concretização até um grau máximo de otimização.<sup>294</sup>

Tanto os administradores públicos como os juízes devem conciliar, por meio de concessões recíprocas, princípios jurídicos em eventual conflito, ou até mesmo elegendo qual deles deverá prevalecer, de maneira a possibilitar, diante dos fatos analisados à luz do caso em concreto e de suas condicionantes, a atuação do princípio que de forma mais adequada faça atuar os fins constitucionais. Nessa atividade, devem estar cientes de que eventual ponderação não poderá ter por objeto as normas a serem aplicadas, mas sim, as circunstâncias fáticas por elas previstas, de maneira a qualificar e conotar juridicamente o caso submetido à sua apreciação. Ademais, devem estar cientes do dever constitucional de justificar juridicamente a decisão.

Como já dito, não há como se determinar, *a priori*, qualquer tipo de supremacia absoluta em favor de alguém que seja titular de determinada posição jurídica, nem mesmo ao Estado, mesmo porque todo e qualquer direito, interesse, poder, são limitados pelos direitos fundamentais. A afirmação da preponderância entre interesses privados e interesses públicos conflitantes deve ser buscada na Constituição, e até mesmo nas leis que com ela estejam em compatibilidade, por meio de uma atividade hermenêutica que leve em consideração os direitos fundamentais e os objetivos fundamentais da República.

Portanto, além de se apresentar como técnica indispensável para as decisões estatais proferidas pelo Poder Executivo e Judiciário, na solução das tensões que envolvam interesses

---

<sup>293</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.125.

<sup>294</sup> Outras não são as observações de Odete Medauar: “Assim, nas situações em que a Constituição ou a lei (desde que incidindo constitucionalmente) não houver esgotado os juízos possíveis de ponderação entre interesses públicos e privados, caberá à administração lançar mão da ponderação de todos os interesses e atores envolvidos na questão buscando a sua máxima realização”. (MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p.141).

antagônicos, a correta atividade de conciliação acaba por expor a fragilidade das concepções que atribuem, *a priori* e abstratamente, a supremacia de determinado interesse (público ou até mesmo privado) sobre outro. Não existe uma precedência obrigatória entre princípios constitucionais, que ora prevalecem, ora cedem a outros princípios. A única exceção é o princípio do respeito à dignidade da pessoa humana, devido a sua posição central no sistema constitucional contemporâneo, e porque sobre ele gravitam todos os direitos fundamentais, estes sim, *supremos e indisponíveis*.

### 3.4.2 Uma nova dimensão ao padrão de legalidade – a submissão à Constituição

Dando continuidade ao debate que se propôs a realizar, cujo objetivo é apresentar fundamentos que permitam desconstruir as concepções clássicas acerca do regime jurídico administrativo e propor novos conceitos, passa-se a análise da necessária superação da clássica vinculação à legalidade administrativa, pela ideia de submissão à Constituição. Amplia-se, assim, o conceito de legalidade, tendo como referencial a ideia de supremacia constitucional e efetividade da Constituição.

O Constitucionalismo contemporâneo acabou expondo definitivamente, e com destacada evidência, um fenômeno recorrente e universal, que é a crise da lei e da concepção clássica de legalidade, como instrumento de orientação das sociedades políticas dos Estados democráticos contemporâneos. De fato, a partir da segunda metade do século XX, colocaram-se definitivamente em xeque os poderes do Parlamento e a legitimidade da lei como expressão da vontade de um povo soberano.

Esse processo de desprestígio do legislador e descrédito da lei, pode ser resumido em duas razões básicas, decorrentes de questões fáticas e filosóficas, muito bem delineadas por Gustavo Binenbojm. A questão fática que seria a inflação legislativa, decorrente da crescente produção legislativa, somada às concepções positivistas da completude do ordenamento jurídico e pelo crescimento das funções estatais no Estado providência, refletiu numa espécie de banalização da lei, que perde a sua centralidade e seu poder simbólico. Na intenção de regular a totalidade das relações sociais, a inflação legislativa acabou por impossibilitar o conhecimento de todas as leis, retirando-lhe os seus maiores atributos de certeza e segurança jurídicas.<sup>295</sup>

---

<sup>295</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.127-128.

A segunda causa, de cunho filosófico, axiológico e normativo para declínio da lei como fonte primária do Direito, e diretamente associada à razão histórica, foi à ascensão do fenômeno da modificação das fontes do Direito. Com efeito, o constitucionalismo dos modelos de Estado Social e Democrático de Direito agregou ao direito as aspirações de justiça, liberdade e igualdade material das sociedades contemporâneas, agora estabelecidas na Constituição.<sup>296</sup>

Tendo como premissa essa segunda constatação, com as transformações verificadas no Direito Constitucional a partir do novo constitucionalismo, não mais é possível orientar, justificar e explicar as relações que se estabelecem entre a Administração Pública e o sistema jurídico, simplesmente com base numa estrita vinculação à lei. O paradigma constitucional atual está a exigir do Direito Administrativo uma significativa modificação de suas fontes, a começar pela ampliação da concepção de legalidade como fonte primária, e que orienta o seu regime jurídico, que por sua vez passa a ter como referencial não somente a lei, mas em especial a Constituição.<sup>297</sup>

Como bem observa Romeu Felipe Bacellar Filho,

[...] a afirmação de princípios constitucionais expressos da Administração Pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (art. 37, *caput*) – altera a perspectiva de um direito administrativo ancorado unilateralmente no princípio da legalidade. Além de o sentido e alcance da legalidade dependerem da interpenetração com os demais, não se pode perder de vista a visão conjuntural da inserção num sistema constitucional.<sup>298</sup>

Em consequência dessa ampliação do conceito de legalidade, a vinculação da Administração deixa de estar circunscrita tão somente à lei formal e passa a sujeitar-se a um *conjunto de normas jurídicas orquestradas pela Constituição* que confere uma *nova dimensão ao padrão de legalidade*. A Constituição assume, assim, a centralidade do sistema jurídico e passa a ser a fonte do regime jurídico administrativo, traduzindo-se num fator de verticalização e

---

<sup>296</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.128-130.

<sup>297</sup> Segundo Gustavo Zagrebelsky, o princípio da constitucionalidade é o meio eficaz de se garantir a unidade do ordenamento jurídico. Segundo o autor, “*la ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el paso a la constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta assume ahora la importantísima función de mantener unidas y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales. Una función inexistente en outro tiempo, cuando la sociedad política estaba, y se suponía que era en sí misma, unida y pacífica. En la nueva situación, el principio de constitucionalidad es el que debe asegurar la consecución de este objetivo de unidad*”. (ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Maria Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007. p.40).

<sup>298</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.29.

fixação dos parâmetros normativos formais e materiais da Administração Pública, ou seja, no estabelecimento das competências dos diversos órgãos da sua organização estrutural, assim como na própria atividade administrativa, que passa a encontrar fundamento de legitimidade de suas decisões diretamente da Constituição Federal.

Essa forma de vinculação da Administração Pública ao direito, ao qual a doutrina se refere como sendo o *princípio da juridicidade administrativa*<sup>299</sup>, marca a superação definitiva do positivismo normativista, servindo como uma espécie de “*abre alas*” que dá início ao desfile de um novo modelo jurídico administrativo, em que os blocos de legalidade apresentam-se com uma vestimenta diferente, agora costurada em valores, regras e princípios.

Nessas condições, acabam sendo superadas as concepções que atribuíam à lei a condição de elo indispensável da relação que se estabelece entre a Administração Pública e a Constituição, de maneira que a eficácia plena dos princípios e das normas constitucionais que definem os direitos fundamentais, não mais depende de edição de lei específica que possa vincular o administrador, que passa a encontrar o fundamento e a legitimidade de seu atuar diretamente na Constituição.<sup>300</sup>

Esse fenômeno de verticalização e aplicação direta da Constituição por parte da Administração Pública, e que não pressupõe necessariamente a mediação legislativa – excetuando-se evidentemente aquelas matérias para as quais a própria Constituição reservou a lei especial – realça a normatividade da Constituição em detrimento à normatividade da lei, sepultando de vez o mito da onipotência do legislador em face do administrador. A lei deixa de ser o único fundamento do atuar administrativo, que passa a ser orientado pela normatividade constitucional, caracterizada por um conjunto de regras e princípios dotados de eficácia direta e vinculante, que passam a ser o elemento de justificação e de legitimação política das condutas administrativas.

---

<sup>299</sup> Segundo Gustavo Binenbojm, a expressão foi inicialmente cunhada por Adolf Merkl (in: Teoría general de derecho administrativo. 1935) o que determinou a inserção no artigo 20, § 3.º, da Lei Fundamental de Bonn, da vinculação do Poder Executivo e dos Tribunais à lei e ao direito. (BINENBOJM, Gustavo. **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). Direito administrativo e seus novos paradigmas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.159). A expressão juridicidade foi adotada, dentre outros autores, por Diogo Figueiredo Moreira Neto (**Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005. p.104).

<sup>300</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.836.

Abordando essa temática, José Joaquim Gomes Canotilho vislumbra a necessidade de que a atividade administrativa esteja fundamentada diretamente da Constituição, ao afirmar que “*a precedência e a prevalência da Constituição substituem a precedência e a reserva legal da lei, ou seja, a reserva vertical da Constituição substituiu a reserva vertical da lei*”. Diante dessa premissa, a Constituição passa a fundamentar diretamente o agir administrativo, o que abre o caminho a uma espécie de “*legalidade sem lei*”.<sup>301</sup>

A Constituição passa a ser o centro do ordenamento jurídico, deixa de ser considerada como um mero diploma político, com valor simplesmente programático, ou até mesmo como um sistema de recomendações e orientações sujeitas à discricionariedade legislativa e do administrador, e passa a operar com normatividade, eficácia direta e imediata, um pressuposto indispensável à efetividade do direito em toda a sua manifestação pública ou privada. Nesse sentido, “a supremacia da Constituição, sobre todas as normas, impõe que o processo de produção legislativa e interpretação do Direito Administrativo seja levado a cabo conforme os princípios constitucionais”.<sup>302</sup>

Nesse processo de verticalização das fontes do Direito, ganha relevância a íntima relação que passa a se estabelecer entre a Administração Pública e os princípios constitucionais como expressão de valores. Com o novo constitucionalismo, os princípios que antes possuíam função supletiva ou interpretativa, adquirem normatividade e eficácia direta, e nessas condições passam a influenciar o processo de produção do direito administrativo, bem como a exigir da Administração Pública um comportamento democrático e comprometido com a realização dos direitos fundamentais.

A ideia de uma *nova dimensão ao padrão de legalidade*, formada a partir da indispensável submissão da Administração ao Direito (princípios e regras constitucionais), não pressupõe (e nem poderia) a completa desvinculação à legalidade; a lei, desde que em conformidade com a Constituição, continua a fazer parte do regime jurídico administrativo, orientando na maioria das vezes a conduta do administrador. O diferencial é que neste novo constitucionalismo ela perde a sua condição de superioridade e centralidade, significando, nos dizeres de Gustavo Binenbojm,

que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que

---

<sup>301</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.840.

<sup>302</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.28.

contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade contra legem), mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição.<sup>303</sup>

Em suma, a nova dimensão ao padrão de legalidade (ou juridicidade, adotando-se a expressão utilizada por grande parte da doutrina) vincula os comportamentos da Administração a todo um sistema de regras e princípios que fundamentam o ordenamento jurídico. Diante dessa premissa, é possível afirmar que é legítimo o atuar do administrador somente a partir das normas constitucionais mesmo sem intermediação legislativa; também, que esse atuar continue a se justificar mediante a vinculação às leis e a todos os demais atos normativos, evidentemente que nos limites formais, procedimentais e substanciais da Constituição.

Mas, para além dessas possibilidades, questão de extrema relevância ao objeto da pesquisa diz respeito ao fato que, ao se atribuir uma nova dimensão à atividade administrativa com base numa concepção alargada da legalidade, é possível que as condutas da Administração Pública encontrem legitimidade ainda que contra o texto da lei, desde que realizada com fulcro numa conciliação da legalidade com outros princípios constitucionais (interpretação conforme), mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição.

Desde já admitindo esse entendimento, e partindo do pressuposto que a Administração encontra-se vinculada à Constituição, em determinadas situações podem e devem os juízes e administradores, em suas decisões, afastar previsões legais específicas para assegurar a primazia de princípios constitucionais (a exemplo da dignidade da pessoa humana, juridicidade, culpabilidade, presunção da inocência, e prestação jurisdicional acerca da violação a direito) visando assegurar o sentido de integridade constitucional, garantindo, assim a unidade e coerência que devem reger o regime jurídico administrativo implantado com a Constituição Federal de 1988.

Nessa linha de raciocínio, relevantes são as conclusões de Gustavo Binjenbojm, que defende a possibilidade de que o administrador, em suas atividades, possa rejeitar a aplicação da lei, a partir da “configuração de uma equação de ponderação entre princípios constitucionais. Para o autor, de um lado, existe, por reconhecimento expresse, a afronta ao princípio da legalidade; de outro, a afronta ao princípio da segurança jurídica”. Nessas condições, defende que “eventual prevalência, em maior porção, da segurança sobre a legalidade jurídica, não

---

<sup>303</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.13, p.35, 2008.

importa transigência com a ideia de Estado de Direito, mas decorre de uma aplicação otimizada da Constituição”.<sup>304</sup>

Não há como se desconsiderar que em determinadas situações, em especial aquelas que envolvam interpretação e aplicação de leis que importem em restrições aos direitos fundamentais, que a atividade ponderativa do intérprete se volte a negar prevalência à referida norma, aplicando outras regras ou princípios constitucionais de maior densidade para o caso em concreto, assegurando, assim, a força normativa da Constituição.

No entanto, dado que o tema é controverso na doutrina e jurisprudência, está à matéria a exigir maiores reflexões (que serão feitas em capítulo próprio), pois, embora ao princípio da legalidade não mais se destinem todas as honras, ele continua a gravitar pelo regime jurídico administrativo, possuindo força normativa e vinculante no atuar do administrador, de maneira que estando a lei em compatibilidade com a Constituição, ela deve ser aplicada, até mesmo como condição de garantir a segurança jurídica.

Admitindo-se, portanto, a concepção de uma legalidade ampliada (juridicidade, submissão à Constituição), transmuda-se o modelo burocrático, paralisante e fechado que caracteriza as condutas administrativas pautadas na mera legalidade, para um modelo mais dinâmico, aberto, flexível e permeável aos valores e princípios consagrados na Constituição. O administrador abandona a posição passiva de assujeitamento ao legislador e passa a sujeitar-se à Constituição, agindo de maneira mais ativa e participativa, a partir de um processo de concretização dos valores constitucionais, pautado na proporcionalidade, com vistas ao dever maior de assegurar a principal finalidade da Constituição, que é a tutela e efetivação dos direitos fundamentais.

Mas ao mesmo tempo em que se reforçam a importância e o prestígio das atividades exercidas pela Administração Pública no que se refere à concretização da Constituição, a ampliação da legalidade lhe impõe necessariamente maiores restrições e amplia a possibilidade de controle dos atos administrativos discricionários, que para serem admitidos válidos devem estar em compatibilidade com a Constituição.

---

<sup>304</sup> BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.177-178.

### 3.4.3 A discricionariedade Administrativa e os limites do controle jurisdicional

A partir do fenômeno da constitucionalização do Direito Administrativo, e com ele as transformações verificadas no regime jurídico administrativo, especialmente a emergência da noção de vinculação da Administração à Constituição, não mais é possível justificar que, nas suas relações, possa a Administração Pública valer-se das concepções doutrinárias clássicas acerca da discricionariedade, como se o ordenamento lhe brindasse com um *poder de escolha*. Essa noção de discricionariedade como liberdade decorre da também clássica dicotomia existente entre atos vinculados e atos discricionários.

De fato, abordando a discricionariedade segundo a visão de sua época, Hely Lopes Meirelles afirmava: “Poder discricionário é o que o Direito concede à Administração, de modo explícito ao ou implícito, para a prática de atos administrativos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo”.<sup>305</sup>

Posteriormente, essa concepção foi criticada pela doutrina de Celso Antonio Bandeira de Mello, que entendeu que a discricionariedade não se trata de um poder atribuído em abstrato, mas um modo de disciplina jurídica concreta da atividade administrativa e, nesse sentido, assim definiu a discricionariedade como sendo “a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso em concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema jurídico”.<sup>306</sup>

Não se descartando evidentemente que essas definições foram relevantes na sua época, a realidade social é completamente diversa; alteraram-se significativamente as relações entre a Administração e os cidadãos, devido a crescentes e complexas demandas sociais, que exigiram e estão a exigir profundas transformações no Direito Administrativo, dentre elas a superação do conceito clássico de discricionariedade administrativa.

A partir de uma concepção alargada da legalidade, que passa a exigir a vinculação da Administração Pública não somente à lei, mas também a todo o conjunto de normas e princípios que informam o regime jurídico da Administração Pública, reduz-se a noção de discricionariedade, que passa a estar limitada aos procedimentos previstos na Constituição, ou seja, a uma *discricionariedade contida*. Como consequência, e em razão da amplitude e força normativa

---

<sup>305</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.122.

<sup>306</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015. p.432.



dos princípios constitucionais que passam a vincular a atividade administrativa, ampliam-se consideravelmente os espaços de controle externo dos atos ditos discricionários do administrador.

Inicialmente é importante esclarecer que não se está a afirmar que não existe discricionariedade, mesmo porque não há como se conceber que a conduta do administrador esteja prévia e objetivamente delimitada pela lei. O que se está a afirmar é que não há mais como se admitir atividades que estejam totalmente na livre disposição do administrador, segundo seus critérios pessoais de conveniência e oportunidade, no que restaria configurada a arbitrariedade.

A ideia de discricionariedade como liberdade, e que nessas condições imunizava o administrador da possibilidade de qualquer controle de suas condutas, há muito foi superada, passando a ser concebida como atuação dentro dos espaços delimitados pela Constituição e pela legislação ordinária. Portanto, o que existe é um espaço maior ou menor de vinculação ao Direito, ou como bem salientou Moreira Neto, “não existe, enfim, nem liberdade absoluta no *continuum* juspolítico, nem vinculação absoluta: todos os atos, por mais adstritos que fiquem a prévios condicionamentos de legalidade, têm sempre um resíduo de apreciabilidade em face do interesse público”.<sup>307</sup>

A noção de juridicidade, que pressupõe a vinculação direta da Administração à Constituição, não mais se coaduna com a noção de discricionariedade que se construiu a partir da dicotomia entre ato vinculado e discricionário. O que existe, portanto, são diferentes formas de vinculação dos atos administrativos à Constituição, ou seja, a *discricionariedade contida*.

Portanto, indiferente se o ato é discricionário ou vinculado, toda atuação administrativa deve encontrar fundamento no ordenamento jurídico, de maneira a evitar dois fenômenos simétricos igualmente nocivos: tanto a vinculação dissociada da subordinação a outros princípios, além da estrita legalidade, quanto a discricionariedade voltada a dar as costas à vinculação ao sistema jurídico, corroendo, pela arbitrariedade interdita, a própria racionalidade do ordenamento.<sup>308</sup>

O Direito não invariavelmente adota uma disciplina normativa discricionária, que tem por finalidade assegurar a realização, de maneira mais satisfatória e adequada da atividade administrativa, precipuamente voltada à garantia dos direitos fundamentais. Portanto, nas

---

<sup>307</sup> MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. p.15.

<sup>308</sup> FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.376.

situações concretas, sempre haverá uma única solução adequada ao caso em concreto<sup>309</sup>, de maneira que não se admite que o administrador possa, segundo critérios pessoais, escolher solução distinta, pois a disciplina discricionária prevista na lei não lhe atribui qualquer faculdade de escolha.

Se, diante das circunstâncias fáticas que se apresentam ao administrador no caso concreto, a melhor solução é inquestionavelmente única, outra, senão ela deve ser adotada, mesmo estando o agente no exercício da competência dita discricionária. A discricionariedade não pode ser vista como um fim em si mesmo, mas um meio para se alcançar a melhor solução possível no caso em concreto.

A autonomia de decisão do administrador não se desenvolve fora ou acima das normas jurídicas. Ela é criada pelo próprio ordenamento jurídico, que estabelece as suas balizas. Em determinadas situações, os limites à autonomia do administrador estão nos princípios gerais, nos valores fundamentais; em outras, a norma que institui a discricionariedade acaba por estabelecer limites mais precisos e determinados. Em algumas situações, referidos limites se traduzem em requisitos para as escolhas; já em outras, a norma veda a adoção de certas decisões. Portanto, como bem observado por Marçal Justen Filho, “há situações em que os limites se relacionam com a escolha da oportunidade para decidir, enquanto há outros casos em que a restrição envolve conteúdo propriamente dito da decisão a ser adotada”.<sup>310</sup>

Em decorrência disso, não é correto afirmar que, configurada a existência de competências discricionárias, existiria um poder de decisão que estivesse isento de controle. Do maior ou menor grau de vinculação do administrador à Constituição, corresponderá, em regra, maior ou menor grau de controle dos seus atos, ou seja, a intensidade e extensão do controle jurisdicional do atuar da Administração são variáveis em vista da configuração adotada, ao caso em concreto, pela norma que fixou a competência discricionária.

No que se refere à verificação da densidade e extensão do controle a ser exercido pelo Judiciário, esta não se limita à análise das disposições normativas incidentes ao caso, mas também à verificação dos procedimentos adotados pela Administração, e das competências e

---

<sup>309</sup> Quando se utiliza a expressão “decisão única ou correta”, está a se referir àquela que se apresentou adequada ao caso concreto, a partir da descrição exaustiva dos elementos fáticos relevantes e não uma decisão que expresse uma verdade absoluta primária abstratamente considerada, pois não há uma solução unívoca. Esta decisão perfeita para caso em concreto é construída num juízo de aplicação da norma, e, portanto, *a posteriori*, ou seja, quando, além das normas em princípio aplicáveis, tem-se a completa descrição da situação concreta.

<sup>310</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p.205.

responsabilidades dos órgãos decisórios, compondo, nos dizeres de Gustavo Binzenbojm, a pauta para um critério que se poderia intitular de jurídico funcionalmente adequado.<sup>311</sup>

Esse enfoque parte do pressuposto de que o princípio da separação dos poderes deve ser analisado sob a óptica de divisão das funções especializadas do Estado, o que releva a necessidade do controle e da fiscalização de um poder sobre o outro. Assim, os diversos elementos que podem ensejar maior ou menor grau de vinculação do administrador à Constituição, a exemplo da vinculação plena, conceitos fluidos, opções discricionárias, nada mais significam do que os códigos dogmáticos para uma delimitação jurídico funcional dos âmbitos próprios da Administração e dos órgãos jurisdicionais.<sup>312</sup>

Nessas condições, a verificação da intensidade e extensão do controle dos atos do administrador não tem como premissa o fato de ser o ato vinculado ou discricionário, ou se o controle se dará sobre o mérito ou legalidade.<sup>313</sup>

Portanto, quanto maior forem os conhecimentos técnicos específicos exigidos para a prática de determinada conduta pelo administrador (como, por exemplo, a escolha do local para a construção de hospital, ou ainda, a escolha os mecanismos e condições que serão adotados para combater determinada epidemia) e para as quais não se apresentam parâmetros objetivos que permitam uma atuação segura por parte do Poder Judiciário, a intensidade do controle é menor.

Já nas decisões discricionárias que importem em restrições aos direitos fundamentais, o controle jurisdicional se dará de maneira mais extensa e intensa, observando-se o maior ou menor grau da restrição a ser imposta. Nessas condições, cabe ao Judiciário a análise do mérito da decisão, no que se refere à verificação da proporcionalidade e da razoabilidade da conduta adotada pelo administrador.

---

<sup>311</sup> BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.13, p.37, 2008.

<sup>312</sup> KRELL, Andreas J. **Discricionariedade e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.45-46.

<sup>313</sup> Impõe-se, nos dizeres de Andreas J. Krell, “uma dinâmica distributiva, funcionalmente adequada, de tarefas e responsabilidades entre administração e judiciário, que leve em conta não apenas a programação normativa do ato a ser praticado (estrutura dos enunciados normativos constitucionais, legais, ou regulamentares incidentes ao caso) como também a específica idoneidade (de cada um dos poderes) em virtude de sua estrutura orgânica, legitimação democrática, meios e procedimentos de atuação, preparação técnica etc., para decidir sobre a propriedade e a intensidade da revisão jurisdicional de decisões administrativas, sobretudo das mais complexas e técnicas”. (Ibid., p.46).

Mas, indiferente a maior ou menor intensidade do controle, há que se ter sempre em mente o fato de que a disciplina discricionária é atribuída ao administrador, dotado de representatividade popular, e, assim, não se mostra possível a substituição da sua vontade pela vontade do pessoal do juiz. Portanto, ao realizar o controle, o Poder Judiciário deve apenas analisar se os limites impostos pelo Direito ao administrador foram observados.

E mais, para evitar que a arbitrariedade administrativa seja substituída pela arbitrariedade judicial, o ordenamento jurídico impõe também aos juízes o dever de justificação de toda e qualquer decisão. A justificação das decisões judiciais é elemento indispensável ao Estado Democrático de Direito, um elemento de legitimação do Poder Judiciário, pois permite que o controle das decisões seja feito não somente pelas partes envolvidas, mas especialmente pelos detentores do poder, os cidadãos.

O Constitucionalismo contemporâneo está a exigir que no âmbito do Direito Administrativo se estabeleça um novo modo de produção do Direito, especialmente no que se refere aos indicativos de controle das decisões da Administração Pública. Assim, a garantia jurisdicional da Constituição e o controle constitucional das decisões administrativas são condições necessárias para que definitivamente se possa avançar na questão do controle da Administração Pública, o que exige que os agentes públicos estejam comprometidos com uma visão constitucional sobre as práticas administrativas.

Não se descarta que houve avanços nesse sentido; no entanto, e como já afirmado, ainda existem posicionamentos atrelados ao pensamento liberal individualista do papel da atividade jurisdicional, permeados por posturas típicas do ativismo judicial, fomentadas por subjetivismos decisórios, conforme pontuado por Lenio Luiz Streck.<sup>314</sup>

Calham, nesse sentido, as observações de Tomás Ramón Fernández quando menciona que as inconseqüências e contradições ainda presentes nas concepções de discricionariedade administrativa, e o seu correlato controle, decorrem da mescla inconsciente de princípios opostos, ou seja, ao fato de ter-se apoiado no constitucionalismo da Segunda Grande Guerra para estender e continuar a propagar uma teoria surgida há quase um século, em um marco constitucional essencialmente diferente como presidido por um princípio, o da divisão de poderes.<sup>315</sup>

Portanto, há que se ter em mente que tanto a Administração Pública como o Poder Judiciário vinculam-se à Constituição, que não mais se apresenta como um simples manifesto

---

<sup>314</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.67

<sup>315</sup> FERNÁNDEZ, Tomás R. **De la arbitrariedad de la Administración**. 4.ed. Madrid: Civitas, 2002. p.81

político, cuja concretização seja responsabilidade somente do Poder Legislativo. Embora tal afirmação seja bastante óbvia diante do estágio avançado em que se encontra a teoria constitucional, em matéria de controle da Administração Pública muito há que se fazer.

A atividade do controle jurisdicional da Administração Pública representa um dos maiores instrumentos para aprofundar a vinculação da Constituição em sua totalidade em relação às competências administrativas, de maneira a não deixar espaços vazios, no que exsurge a necessidade de uma “atividade interpretativa” do Direito Administrativo como integridade, como será examinado no último capítulo do trabalho.

Concluindo o capítulo, é possível afirmar que somente a partir das concepções que conferem suporte ao novo constitucionalismo, que se torna possível a consolidação de um regime jurídico administrativo, agora sob uma nova base, ou seja, no âmbito dos sentidos edificados a partir da Constituição como centro de legitimação e validade das decisões estatais.

O referencial dessas alterações é a Constituição, que assumiu a função de âncora normativa e que possibilitará legitimar novos institutos e conceitos do Direito Administrativo, especialmente do processo administrativo disciplinar, cujo instituto passa-se a analisar.

#### 4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS

O objetivo do presente capítulo concentra-se na configuração principiológica do processo administrativo, com enfoque voltado ao processo administrativo disciplinar dos servidores públicos civis, regulado pela Lei n.º 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico único da União, das Autarquias e das Fundações Públicas Federais<sup>316</sup>, e, também, pela Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal<sup>317</sup>.

A justificativa para a metodologia adotada deve-se ao fato de que o exercício da competência disciplinar da Administração Pública, destinada à apuração de ilícito administrativo<sup>318</sup> punível com a sanção disciplinar<sup>319</sup> de demissão do servidor público, e explicitada mediante o processo administrativo, não pode ser feita mediante a análise isolada do artigo 41, § 1.º, II da Constituição Federal, pois embora se trate de regra especial, não afasta, mas pressupõe a observância da norma geral de processo administrativo, estabelecida no artigo 5.º, incisos LIV e LV.

Nessa condição, busca-se demonstrar que a configuração constitucional do processo administrativo disciplinar, resultante da conjugação das referidas garantias constitucionais (5.º, LIV e LV), incide diretamente no exercício da competência disciplinar, para: (i) vincular

---

<sup>316</sup> Mesmo que o processo administrativo disciplinar, na sua configuração constitucional, abranja todo e qualquer regime disciplinar dos agentes públicos, a análise direciona-se exclusivamente aos servidores públicos civis abrangidos pelo regime jurídico da Lei n.º 8.112/90, e que nessa condição ocupam cargos públicos, e, portanto, detentores da estabilidade constitucional. Portanto, excluídos da análise estão os demais agentes públicos (em sentido amplo), a exemplo dos agentes governamentais, agentes políticos, comissionados, por colaboração, e militares. Da mesma forma, não serão analisados outros regimes aplicáveis a categorias específicas, ou até mesmo os regimes jurídicos que regulam os servidores públicos dos demais entes da Federação. A opção é meramente didática, pois a compreensão prática dos princípios constitucionais aplicáveis ao processo administrativo disciplinar depende do confronto com o sistema legal que os concretizam, e assim, a escolha da Lei n.º 8.112/90, não significa que as conclusões alcançadas ao final deste trabalho, não possam servir aos demais entes federados.

<sup>317</sup> Os princípios gerais consagrados na Lei n.º 9.784/99 são aplicáveis subsidiariamente aos processos administrativos disciplinares, conforme previsão expressa do artigo 69, que dispõe que “os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por lei própria, aplicando-lhes subsidiariamente os preceitos desta lei”.

<sup>318</sup> Pode-se definir “ilícito” como “toda e qualquer ação ou omissão que, descrita na hipótese normativa, constitua-se como pressuposto de um ato de coerção estatuído no mandamento de tal norma”. (KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000. p.124). O ilícito é gênero da qual são espécies os ilícitos penal, civil, administrativo, conforme considere a norma violada. Em razão do tema pesquisado, a expressão “ilícito administrativo” será utilizada, preponderantemente, para se referir a toda ação ou omissão que envolva imputação aos servidores públicos, por infringência aos dispositivos contidos no Estatuto do Servidor, que disciplina o regime jurídico de pessoal da entidade pública à qual o servidor está vinculado.

<sup>319</sup> A expressão “sanção”, em sentido amplo, abrange toda consequência imputada pela norma a determinada conduta. Em sentido estrito, tal como será adotado nesta pesquisa, sanção é a consequência onerosa de uma violação, por parte do servidor público, a uma prescrição normativa contida no Estatuto que rege a relação que se estabeleceu com a Administração Pública.

o legislador, o aplicador e o intérprete à Constituição; (ii) exigir a incidência do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes; (iii) garantir que o processo sempre se faça presente quando a Administração esteja litigando ou imputando conduta administrativa ilícita ao servidor público, e, como condição para a edição de qualquer decisão que possa surtir efeitos na esfera jurídica dos servidores públicos; e (iv) assegurar ao servidor acusado, todas as garantias legais e constitucionais a ele conferidas, por estar nessa condição, especialmente as garantias do juiz natural, da tipicidade, da presunção de inocência e da segurança jurídica.

Para atingir os objetivos propostos, se faz necessário, de início, demonstrar como a ideia de processualidade passou a ser admitida no âmbito das atividades da Administração Pública, no qual o processo, além de se apresentar como condição de legitimidade, eficiência e transparência, se tornou um importante instrumento para a maximização dos direitos fundamentais. Trata-se de instrumento que assegura o direito de participação mais efetiva dos cidadãos, na produção e tomada de decisões administrativas pelo Estado, reafirmando assim as exigências democráticas.

Na sequência, a pesquisa se volta a demonstrar que a proteção jurídica efetiva de direitos, que se dá por meio do procedimento, pressupõe o reconhecimento de que a face procedimental dos direitos fundamentais é indissociável do núcleo dos direitos fundamentais.

Direcionando a pesquisa ao processo administrativo disciplinar, apresentar-se-ão os principais conceitos básicos e os fundamentos do exercício da competência disciplinar da Administração Pública, bem como os critérios que o delineiam, tendo sempre como parâmetro o regime disciplinar dos servidores públicos civis da União.

Por fim, será feita a análise do campo de incidência das duas regras constitucionais sobre o processo administrativo, a do artigo 5.º, inc. LV e a do parágrafo 1.º, do art. 41, que asseguram o contraditório e a ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, em interpretação conjugada com o princípio do devido processo legal consagrado no artigo 5.º, inciso LIV da Constituição Federal, de maneira a identificar outras garantias e direitos nela previstos, aplicáveis aos processos administrativos disciplinares.

#### 4.1 ENTRE A AUTORIDADE E O CONSENSO

Durante muito tempo a teoria do ato administrativo ocupou lugar de destaque na doutrina do Direito Administrativo.<sup>320</sup> Toda a atividade desenvolvida pela Administração Pública era centrada no ato administrativo, a ponto de qualificá-lo com os atributos da presunção de legitimidade, unilateralidade, imperatividade e autoexecutoriedade, que nessas condições lhe conferiam um caráter autoritário e de supremacia em relação aos seus destinatários.

No modelo de Estado liberal, de caráter nitidamente abstencionista, construído em torno das exigências de separação entre Estado e a sociedade, o Poder Público tinha, como principal atribuição, a garantia de uma paz social que possibilitasse o desenvolvimento da sociedade civil, segundo suas próprias regras. Nessas condições, o atuar da Administração se limitava basicamente às atividades de fiscalização, sem se preocupar em propiciar prestações positivas em favor dos indivíduos, resumindo-se a um modelo que se convencionou denominar *Estado de Polícia*, no qual a atuação fiscalizadora e autoritária da Administração Pública era concebida, primordialmente, por meio do ato administrativo, que representava o papel de protagonista absoluto do próprio Direito Administrativo.<sup>321</sup>

Essa forma de conceber a Administração Pública rejeitava a ideia da existência de relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos, que pudessem caracterizar direitos subjetivos destes, oponíveis àquele, justificando, assim, a visão objetivista do contencioso administrativo francês, no qual o particular não defendia um direito subjetivo seu, mas apenas “colaborava com a Administração na procura da decisão administrativa mais conforme a lei. O particular

---

<sup>320</sup> Inúmeras obras doutrinárias foram publicadas a respeito do tema. Odete Medauar, em estudo dedicado à transição da centralidade do ato administrativo para o processo, enumera os estudos mais importantes e que foram difundidos no Brasil sobre o ato administrativo, destacando-se: Na Itália e França: Treves, *La Presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, 1945; Giannini, *verbetes atti amministrativi*, 1959; Lucifredi, *L'atto amministrativo nei suoi elementi accidentali*, 1930. No Brasil: Seabra Fagundes, *o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário*, 1954; Themístocles Brandão Cavalcanti, *Teoria dos Atos administrativos*, 1973; Cretella Júnior, *do ato administrativo*, 1977. (MEDAUAR, Odete. *Administração pública: do ato ao processo*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.406-420)

<sup>321</sup> Mesmo nas atividades de serviço público, a atuação da Administração Pública era vista como atividade de polícia, como bem observado por Vasco Manoel Dias: “todo poder administrativo era construído à volta desta ideia de polícia administrativa destinada a procurar uma melhor paz; mesmo os serviços públicos se podem considerar como realizando uma tarefa de caráter policial, uma vez que desempenha objetivamente uma tarefa de prevenção da ordem pública”. (SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.62).



não era titular de direitos públicos subjetivos nas relações administrativas, tendo somente um mero interesse material na anulação do ato ilegal”.<sup>322</sup>

No entanto, já a partir da segunda metade do século XX, a ampliação da complexidade das relações sociais, a redução da distância entre o Estado e a sociedade, somadas as exigências de democratização das atividades estatais, foram alguns dos fatores que levaram à diluição da ideia de centralidade do ato no domínio do Direito Administrativo, para dar lugar à ideia de que não era mais possível admitir que a função administrativa pudesse se expressar de uma única forma.

De fato, como já abordado neste trabalho, no Estado social observa-se uma ampliação significativa dos setores e interesses que devem ser tutelados pelo Estado; amplia-se o conceito até então formado acerca dos direitos públicos subjetivos, para abranger as relações de trabalho, prestação de serviços cada vez mais complexos e dispendiosos, a defesa do meio ambiente, a garantia da seguridade social etc., que passam a ser incorporados na ordem jurídica a partir das próprias Constituições, além dos já reconhecidos direitos políticos e civis. Nesse quadro, o Poder Público se torna o protagonista de diversas atividades<sup>323</sup>, exurgindo uma Administração marcada por condutas positivas, dirigentes e ativistas, voltadas a garantir um mínimo de bem-estar aos indivíduos.

Essas novas funções assumidas pelo Poder Público criam novas e complexas relações entre os diversos setores da sociedade e do Estado, que acarretam a configuração de “relações jurídicas” entre a Administração Pública e os particulares. Nessa nova realidade, o ato administrativo, até então caracterizado pela imperatividade e unilateralidade, não mais consegue dar conta de regular as relações que passam a se estabelecer entre os particulares e a Administração, agora caracterizadas pela continuidade e bilateralidade, e nas quais os administrados não mais são reconhecidos como objetos do Direito, mas como sujeito de direitos, inclusive em face do próprio Estado.

Essas circunstâncias, mesmo que sintetizadas, exigiram a formulação de um novo conceito de atividade administrativa, agora pautada na consensualidade. Tal concepção de *Administração consensual* foi determinante para que o tema da processualidade dos atos da

---

<sup>322</sup> GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**: uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.51.

<sup>323</sup> Acerca das exigências de ampliação das estruturas da Administração Pública no Estado Social, ver: SOUTO, Marcos Juruena Vilella. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001. p.11 e 12.

administração iniciasse a trajetória que levaria o *processo administrativo* à posição de evidência no Direito Público ocidental.<sup>324</sup>

É importante ressaltar que a associação da relevância da ideia de consenso ao Estado social não justifica a atual importância conferida ao processo administrativo, pois, nas últimas décadas do século XX, esse modelo de Estado entrou em evidente crise. Os elevados gastos públicos dos Estados com o *inchaço* da máquina administrativa geraram estados deficitários e financeiramente inviáveis. Engessados pelo déficit fiscal, diversos países seguem o modelo de privatizações, reduzem as suas estruturas, transferindo bens e serviços para a iniciativa privada, e passam a assumir a função de regulação e controle indireto dessas atividades.<sup>325</sup>

É justamente nesse modelo de Estado regulador que o processo administrativo vai ocupar uma posição de centralidade, passando a ser o instrumento das diferentes articulações (regulação normativa, executiva), que o Estado passa a comandar com os diversos setores da sociedade (prestadoras de serviços públicos, usuários e terceiros que tenham interesses afetados pelas atividades reguladas). O processo administrativo assume diferentes formas (sancionatório, normativo), e nessas condições possibilita a interligação entre o Estado e a sociedade, superando a dicotomia proposta pelo Estado liberal.

Portanto, embora por fatores diversos, o desenvolvimento e o enfraquecimento do Estado social contribuíram, consideravelmente, para dar ao processo administrativo a relevância que ostenta atualmente no âmbito institucional dos Estados Democráticos, como instrumento de racionalização e eficiência da Administração pública.

Mas, para além de possibilitar maior racionalidade da atividade administrativa, as noções de consensualidade e processualização, encontravam-se, à época, estreitamente relacionadas com as exigências de democratização. A ineficiência do Estado gerou o afastamento dos indivíduos da coisa pública e das decisões estatais. A democracia é posta em xeque, fazendo-se necessário evoluir para a efetiva “participação dos indivíduos no processo de tomadas de decisões, quer política, quer administrativa”.<sup>326</sup>

---

<sup>324</sup> No Brasil, e onde o desenvolvimento do Estado Social no Brasil ocorre de maneira tardia, somente com a Constituição Federal de 1988, é que o tema ganha maior destaque, em razão da inclusão da processualidade dos atos da administração no rol de direitos e garantias fundamentais. (CRFB/88, art. 5.º, LIV e LV).

<sup>325</sup> Conforme observa Marcos Juruena Villela Souto, o modelo de Estado regulador surge de um novo conceito de atividade administrativa, pois “diante da incapacidade de o Estado social produzir o bem de todos com qualidade e a custos que possam ser cobertos pela sociedade, aplica-se o princípio da subsidiariedade, descentralizando-se funções – até então estatais – para os particulares”. (SOUTO, Marcos Juruena Vilella. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005. p.34).

<sup>326</sup> SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Para um contencioso administrativo dos particulares**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997. p.56-57.

Nessas condições, o processo administrativo passa atuar como instrumento de articulação entre a sociedade e o Estado, proporcionando maior participação dos indivíduos, no espaço das decisões, que antes de serem estatais, devem ser democráticas e pautadas no Direito.

Em outros termos, diante da constatação de que mesmo pautada na legalidade, as decisões do Poder Público acabam por interferir, direta ou indiretamente, na esfera de direitos/ interesses dos indivíduos ou grupos, privilegiando os interesses de uns em detrimento de outros interesses igualmente legítimos perante o ordenamento jurídico, a sociedade passou a exigir o reconhecimento do direito de poder participar, de maneira mais ativa e efetiva, do momento que antecede a tomada das decisões administrativas estatais, mediante uma atuação mais consensual e horizontalizada do Poder Público, nas suas relações com os particulares.

Assim, novos temas surgiram diante de um novo contexto, diverso daquele ambiente da clássica elaboração deste instituto do direito público, ocorrendo, como bem observado por Odete Medauar, uma significativa mudança nas concepções tradicionais do Direito Administrativo, que gerou como resultado um efeito na sua centralidade, ao deslocar a relevância do “ato administrativo” para o “processo administrativo”.<sup>327</sup>

Trata-se de uma nova maneira de se conceber e compreender o exercício das atividades administrativas, caracterizada pela substituição da ideia de Administração-autoridade pela de Administração-consenso, com a adoção da processualidade no âmbito de atuação de todos os poderes públicos, descartando-se a concepção tradicional de processo vinculado à função jurisdicional.

#### 4.2 A PROCESSUALIDADE NO ÂMBITO DA FUNÇÃO ADMINISTRATIVA

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, o tema da processualidade administrativa adquire uma nova dimensão no ordenamento jurídico brasileiro. Com a redação do inciso LV, do artigo 5.º, inserido no título dedicado aos direitos e às garantias fundamentais, a processualidade administrativa, desde então, vem exigindo reflexões mais aprofundadas de sua teoria e de suas repercussões no âmbito da atuação da Administração Pública.

Dessa forma, o objetivo do presente tópico é uma tentativa de esclarecer como a ideia de processualidade, por muito tempo associada à prestação jurisdicional, passou a ser

---

<sup>327</sup> MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.412.

admitida no âmbito de toda atividade dos poderes públicos, mais precisamente nas atividades da Administração Pública.

No dizeres de Carlos Ari Sundfeld, “entre a lei e o ato administrativo existe um intervalo, pois o ato não surge como um passo de mágica”. Dessa observação, já é possível afirmar, que, como do ato abstrato (lei) não decorrem automaticamente os atos concretos (administrativos), a ideia de *processo* sempre esteve presente nos estados modernos.<sup>328</sup>

Ocorre que, na teoria do direito, por muito tempo o termo *processo* esteve associado à função jurisdicional do Estado, e, assim, relacionado ao Direito Processual Civil e Penal. Por essa compreensão, o processo se apresentaria como o instrumental jurídico indispensável à solução jurisdicional dos conflitos de interesses, em que está presente a resistência a uma determinada pretensão.

Vários foram os fatores que contribuíram para que o processo administrativo alcançasse sua autonomia de maneira tardia. Os processualistas sempre procuraram reservar o vocábulo *processo* para o âmbito jurisdicional, vez que toda a evolução histórica do instituto começou no âmbito civil, em que as leis regulavam em sua maior monta, desde a antiguidade, a relação privada entre os indivíduos. Por influência e maior desenvolvimento do Direito Romano, havia inicialmente uma concepção privatista do processo.

Mesmo na Idade Média, em que a origem divina e o poder absoluto dos reis faziam com que seus atos e os do Estado restassem isentos à apreciação de qualquer jurisdição (*the king can do no wrong*), foram razões que também contribuíram para o retardo da formação de uma concepção publicística do processo, bem como seu desenvolvimento no âmbito da Administração Pública, já que o ato administrativo reinou absoluto praticamente até o início do século XX.

Outra explicação para o retardo da visão publicística do processo<sup>329</sup> decorre da circunstância de que muitos autores atribuem a vinculação entre processo e jurisdição à criação de

---

<sup>328</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, n.84, p.65, 1987.

<sup>329</sup> O fenômeno é constatado por Odete Medauar, ao mencionar que “dentre os processualistas, o entendimento de uma processualidade restrita à função jurisdicional encontra algumas justificativas. De início, a própria antecedência histórica dos estudos, pesquisas e aplicação das noções fundamentais do processo, no âmbito do processo jurisdicional, que é, então, seu arquétipo. Esta precedência levou ao enraizamento da ideia de processo monopolizada na função jurisdicional. Em segundo lugar, o predomínio, até meados do século XIX, da concepção privatista do processo, em que este e a jurisdição destinavam-se somente à tutela dos direitos subjetivos; o vínculo ao direito privado, o atrelamento aos direitos subjetivos não propiciavam visão extensiva da processualidade. Em terceiro lugar, a preocupação com a afirmação científica do direito processual, marcada pela construção das grandes teorias, acarretava, como é lógico, uma ótica precipuamente interna, com prevalência de tratamento técnico dos temas principais; tal estágio dificultava a indagação a respeito de pontos comuns do processo jurisdicional com esquemas de atuação de outros poderes estatais”. (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.17).

teorias próprias ao direito processual jurisdicional, que regula a relação jurídica estabelecida entre os particulares, na presença do Estado-juiz, em que este ocupa lugar de destaque.

Nessa linha de pensamento, Carnelutti entende que a expressão “processo” indica um método para formação ou aplicação do direito, tendente a garantir uma regulação justa e certa de determinado conflito de interesses. Essa assertiva exclui a atividade administrativa do conceito de processo, quando limita o termo “processo” somente para os casos em que a jurisdição estatal é exercida na presença dos conflitos de interesses em que determinada pretensão é resistida.<sup>330</sup>

No mesmo sentido da estreita compreensão do processo e a sua realização com exclusividade na estrutura jurisdicional, por meio do monopólio do Estado-juiz, Chiovenda define o processo como sendo “o complexo de atos ordenados ao objetivo da atuação da vontade da lei (com respeito a um bem que se pretende garantido por eles), por parte dos órgãos da jurisdição ordinária”.<sup>331</sup>

Necessário mencionar que a ideia de processo associada à prestação jurisdicional não foi exclusividade dos processualistas, mas também de parte dos administrativistas, a exemplo de Niceto Alcalá Zamora, que, em sua obra publicada em 1970, afirmava que o processo apresenta-se como instrumento jurídico para a solução jurisdicional de uma pretensão litigiosa, caracterizando-se, dessa forma, por sua finalidade jurisdicional compositiva do conflito.<sup>332</sup>

Referido autor vai mais além, pois ao mencionar os exemplos de autodefesa nos diversos ramos do Direito, inclui o poder disciplinar sobre funcionários públicos, e, a revisão dos atos administrativos na via hierárquica, afirmando, ainda, que certas manifestações autodefensivas se acham externamente processualizadas, citando como exemplo o poder disciplinar na Administração Pública.<sup>333</sup>

É possível observar, especialmente na visão dos processualistas, que o entendimento preponderante sinaliza no sentido de que a relação jurídica processual se estrutura pela presença de três elementos, que são: ação, jurisdição e processo, e, para que processo reste

<sup>330</sup> CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil**. Campinas: Classic Book, 1999. p.93.

<sup>331</sup> CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1965. p.37.

<sup>332</sup> ALCALÁ ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: UNAM. 2000. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/146procesoautocomposicionydefensa.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016. Outra não é a posição de Augustín Gordillo, que defende o conceito restrito de processo como manifestação exclusiva da função jurisdicional, por reconhecer a precedência histórica e a força da construção processual vinculada à jurisdição. (GORDILLO, Augustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.10, p.16-24, out./dez. 1969 - tradução livre).

<sup>333</sup> ALCALÁ ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. 2.ed. México: UNAM, 1970. p.41 e 52. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/146PROCESOAUTOCOMPOSICIONyDEFENSA.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.

caracterizado, é indispensável a presença de três sujeitos: autor, réu e Estado-juiz. Essas características denotam, no âmbito do estudo do processo como instituto jurídico, uma relação que está a depender da presença do órgão judicial, como sendo o local apropriado para a concretização da pacificação social pelo Estado.

Não fosse isso, a doutrina por muito tempo limitou-se a reservar o termo “processo” para a função judicial e o termo “procedimento” para a função executiva, não sem antes qualificar este último com o adjetivo pejorativo de “mero” procedimento, como bem observado por Cândido Rangel Dinamarco.<sup>334</sup> Contribuiu para esta situação o fato de que “ainda que a atual noção de procedimento não esteja por certo limitada ao âmbito da atividade administrativa, é neste último que emergiu historicamente sua disciplina”<sup>335</sup>, o que ensejou a utilização deste vocábulo, ao invés de processo no âmbito da Administração Pública.

Aliás, como bem observado Romeu Felipe Bacellar Filho, essa divergência doutrinária entre processo e procedimento ainda se faz presente na atualidade, e a ausência de uma correta distinção, no âmbito do regime disciplinar dos servidores, pode resultar em relevantes consequências para as garantias que lhe são asseguradas.<sup>336</sup> Para o autor, somente com a aceitação de que o processo representa instrumento constitucional de todos os poderes estatais, é possível a conformação de um núcleo comum de processualidade.<sup>337</sup>

Arrisca-se ainda afirmar que outro fator que contribuiu para o desenvolvimento tardio do processo administrativo é a ausência de codificação no Direito Administrativo; esse fato permitiu – e de certa maneira ainda permite – que a grande quantidade de leis esparsas fragmentasse este ramo do direito, impossibilitando uma visão independente entre direito administrativo material e processual. No que se refere propriamente ao processo, essa fragmentação se dá em decorrência de uma “variedade” de processos administrativos, seja em razão da diversidade de matérias que se quer regular (tributário, ambiental, licitatório, disciplinar etc.), ou até mesmo pela existência de pluralidade de fontes, em estados federados, a exemplo do Brasil.

Embora isso, já a partir do final dos anos 20 do século XX, entre os administrativistas, e dos anos 40, entre os processualistas, começa a despontar o entendimento no sentido da aceitação

---

<sup>334</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.83.

<sup>335</sup> FAZZALARI, Elio **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p.110. Segundo o autor, “além de o processo ter se desenvolvido, primeiramente, no seio da jurisdição, ela, ainda hoje, apresenta o modelo processual de maior destaque e atenção dispensada à sua regulamentação. No entanto, isso não autoriza a identificação ou limitação do processo à jurisdição”.

<sup>336</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.39.

<sup>337</sup> Ibid., p.53.

de uma processualidade ampla, ligada ao exercício das três funções jurisdicionais<sup>338</sup>, destacando-se que, desde 1927, na Áustria, Adolfo Merkl já afirmava que o fenômeno processual não era exclusivo da função jurisdicional, sendo comum a todas as demais funções estatais. Para o autor,

[...] Em sentido rigoroso e técnico, se fala de processo jurídico somente quando o caminho que leva a um ato estatal não está na livre escolha do órgão competente para o ato, mas está previsto juridicamente [...] o direito processual administrativo é um caso particular do direito processual [...] e o processo administrativo é um caso particular do processo jurídico em geral. A teoria processual tradicional considerava o ‘processo’ como propriedade da justiça, identificando-o com o processo judicial. Constituíam uma dessas restrições habituais de conceitos jurídicos de validade geral. Explica-se historicamente a limitação do conceito de processo à justiça, porque dentro desta função estatal se acham as raízes do ‘processo’ e no seu âmbito foi elaborado tecnicamente, mas do ponto de vista jurídico-teórico não é sustentável essa redução, porque o ‘processo, por sua própria natureza, pode ocorrer em todas as funções estatais, possibilidade que se vai atualizando cada vez mais [...] Mas esta ampliação da prática processual não se satisfaz com uma simples acumulação de disciplinas processuais, mas requer uma generalização no tratamento do problema processual [...] Não existe ainda semelhante teoria geral do direito processual que nos ofereça o comum e válido para todo tipo de processo e, assim, cada disciplina processual particular tem de substituí-la nesta tarefa, tendo sido a teoria processual civil a que tomou a frente.<sup>339</sup>

Depois de Merkl, ainda nas décadas de 40 e 50 do século XX, Villar y Romero, na Espanha, e Benvenuti, na Itália, defendem a ideia da existência de um processo administrativo autônomo que foi ganhando cada vez mais corpo, conforme revela Odete Medauar.<sup>340</sup>

Apesar disso, o processo ainda se caracterizava como categoria geral. Em cada função estatal se especificava um tipo de procedimento, a ponto de Feliciano Benvenuti não dar importância ao contraditório no âmbito da Administração Pública. De acordo com o autor, “os efeitos da decisão administrativa não diziam respeito às partes, ao contrário do que acontecia com a decisão judicial”.<sup>341</sup>

Posteriormente, na França, Jean Rivero viria a defender que a autonomia do direito administrativo, tanto se afirma no terreno do processo como no fundo do direito, e, assim, do ponto de vista jurídico teórico, não mais seria possível considerar o processo como propriedade da justiça, identificando-o com processo judicial, pois o “processo, por sua própria natureza,

---

<sup>338</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.18.

<sup>339</sup> MERKL, Adolfo. **Teoría General Del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1975. p.278-291. (tradução livre).

<sup>340</sup> MEDAUAR, op. cit., p.22-24.

<sup>341</sup> Apud SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.63.

pode dar-se em todas as funções estatais, possibilidade que, em realidade, se vai atualizando em medida cada vez maior”.<sup>342</sup>

Na doutrina brasileira, Manoel de Oliveira Franco Sobrinho foi o precursor<sup>343</sup> da defesa do fenômeno do processo como termo geral, presente no exercício de todas as funções estatais: administrativa, judicial ou legislativa. Em obra lançada no ano de 1971, o autor já afirmava que não se faz possível negar que “o fenômeno procedimento como processo é comum a todas as funções estatais, não se limitando apenas às implicações jurisdicionais-judiciárias; o processo administrativo é espécie de processo em geral”.<sup>344</sup>

Por sua vez, Cândido Rangel Dinamarco sintetiza assim a questão da autonomia do processo administrativo,

O poder exercido pela Administração através dele, é o mesmo poder que os juízes exercem *sub specie jurisdictionis*, tendo-se verdadeiro processo estadual lá e cá: “se o processo é o modelo eletivo das atividades jurisdicionais, estas não lhe detêm a exclusividade”. E o sistema processual administrativo, no Estado-de-direito, regido por garantias e grandes princípios constitucionalmente instalados, inclui a limitação do exercício do poder, definidos os seus limites em uma ordem de legalidade que assegura a prevalência da cláusula *due process of law*; existem formas institucionalizadas nos procedimentos administrativos, que não podem negar a participação do interessado (ou interessados), nem o respeito à igualdade quando pertinente (v.g., licitações públicas), nem a ampla defesa (processo disciplinar). Tais e tantos pontos comuns, entre os muitos que marcam a analogia com o processo jurisdicional, impõem que se inclua o direito processual administrativo na teoria geral do processo (modalidade processo estatal não-jurisdicional).<sup>345</sup>

Em posicionamento mais recente, Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que uma das consequências da distinção entre processo e procedimento para a noção de processo Administrativo, seria a adoção da processualidade ampla, e, assim, “o processo não se encontra restrito ao exercício da função jurisdicional”. Segundo o autor, “os processos são jurisdicionais ou não,

---

<sup>342</sup> RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981. p.246.

<sup>343</sup> Segundo informa: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.43-44.

<sup>344</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo: RT, 1971. p.97-102. Na mesma linha de reconhecimento da processualidade ampla, José Cretella Júnior, também apontou a existência autônoma do processo administrativo ao lado dos processos judiciais ao afirmar que: “Nos vários sistemas jurídicos, o processo administrativo que, antes de tudo é processo, está regulamentado por uma série de regras características, típicas, que o distinguem de seus congêneres – processo penal, processo civil, processo falimentar, processo trabalhista- também autônomos, com métodos próprios, normas diferenciadas, princípios e objetos particulares. Entretanto, pelo conteúdo espiritual de que se reveste o direito processual administrativo, apresenta o mesmo valor que o direito processual civil ou criminal”. (CRETILLA JÚNIOR, José. **Prática do processo administrativo**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p.40-41).

<sup>345</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.83.



conforme se trate do exercício conjunto de atividades denominada jurisdição ou de outra manifestação do poder estatal”.<sup>346</sup>

Com base nessas compreensões, e considerada a evolução da ciência processual e do próprio direito constitucional, o processo deixou de ser um considerado um instituto exclusivo da atividade do Poder Judiciário, para ser considerado como “método inerente à atuação do Estado, à produção da vontade do Estado”<sup>347</sup>, tornando-se possível falar de uma “processualidade ampla”, que abrange: o processo administrativo, em que se desenvolve a atividade da Administração Pública; o processo legislativo, em que se desenvolve a atividade legislativa; e, o processo judicial, em que se desenvolve a atividade jurisdicional do Estado.

Essa perspectiva de uma *processualidade ampla*, inerente ao desempenho das atividades estatais e ao exercício dos poderes estatais, ou ainda, na lição de Sundfeld, do “modo normal de agir do Estado”<sup>348</sup>, mantém estreita relação com os avanços do direito processual moderno, especialmente diante da relevância assumida pelas denominadas “instrumentalidade e efetividade” do processo; ela vislumbra o direito processual como um conjunto de princípios, institutos e normas estruturados para o exercício do poder estatal, em conformidade com determinados objetivos, a partir da qual se tornou mais evidente a noção de processualidade no exercício das atividades exercidas pelo Poder Executivo e Legislativo.

Portanto, pode-se afirmar que não se faz possível, na atualidade, resumir a processualidade somente à atividade jurisdicional do Estado. O direito dos indivíduos de se fazerem ouvir no âmbito de todos os poderes públicos reflete a necessidade de se criar mecanismos, para que todos tenham acesso direto às decisões do Estado, bem como o direito de participar e interferir no resultado das decisões que possam atingir direta ou indiretamente a esfera de seus direitos.

A dimensão conquistada pelo direito constitucional em relação a todos os ramos do direito, e, na própria hermenêutica jurídica a partir do Segundo Pós-Guerra, mostra-se particularmente intensa no que diz respeito ao processo.

A principal transformação verificada no âmbito do processo no constitucionalismo contemporâneo foi a sua constitucionalização, como condição da instauração do Estado Democrático de Direito. Esse novo paradigma, ao elevar o direito de ação à categoria de direito

---

<sup>346</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.51-52.

<sup>347</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas implicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.162.

<sup>348</sup> SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos do direito público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.91.

fundamental, criou um ambiente propício para a efetiva participação e fiscalização dos cidadãos na formação e exteriorização da vontade estatal, especialmente por meio do processo.<sup>349</sup>

Nessa perspectiva, o processo, na sua condição de autêntica ferramenta de natureza pública, indispensável para a realização da justiça e da pacificação social, não mais deve ser compreendido como mera técnica, mas, sim, como instrumento de realização dos valores constitucionais.

Nos dias atuais, cresce em significado a importância dessa concepção, se atentarmos para a íntima conexão entre as funções estatais e o instrumento processual na aplicação e proteção dos direitos e das garantias assegurados na Constituição. Não se trata apenas de conformar o processo às normas constitucionais, mas de empregá-las no próprio exercício das funções estatais, com reflexo direto no seu conteúdo, naquilo que é decidido pelo órgão estatal e na maneira como o processo é por ele conduzido.

Com base nessas compreensões, arrisca-se a afirmar que, no estado contemporâneo, o processo administrativo exerce duas funções primordiais: num primeiro momento, serve como instrumento que permite maior racionalização e eficiência da atividade estatal, para, na sequência, tornar-se um ambiente democrático e participativo, no qual é possível o controle da legitimidade dos atos da Administração Pública e a proteção aos interesses dos administrados.<sup>350</sup>

Analisando a primeira finalidade, é a racionalização das atividades do Poder Público que torna a ação estatal mais objetiva. Nessas condições, o processo impõe a submissão, a vinculação da atividade estatal à Constituição, possibilitando que a execução dos atos da

---

<sup>349</sup> Essa é a constatação de Calmon de Passos, para quem “A noção de devido processo legal, já anteriormente trabalhada pela doutrina, ganhou dimensão nova, revestindo-se do caráter mais abrangente de garantia do devido processo constitucional. Compreendido o direito como algo não dado aos homens pela natureza, mas por eles produzido, revelou-se fundamental entender-se o processo de sua produção, que se percebeu ter matrizes políticas, devendo, portanto, para legitimar-se, adequar-se a quanto estabelecido constitucionalmente para sua produção, em qualquer de seus níveis. Disso resultou, por exemplo, e para mencionar apenas uma das mais significativas consequências no âmbito do processo, erigir-se o direito de ação, cuja autonomia fora teorizada no século XIX, à categoria de direito fundamental, cujo objeto passou a ser o dever do Estado-juiz de prestar sua atividade jurisdicional com vistas a produzir o direito aplicável ao caso concreto, fazendo-o não de modo arbitrário ou pretensamente racional, mas sim com obediência irrestrita a quanto disposto como devido processo constitucional. Destarte, antes de desqualificar o saber anterior, a nova dogmática processual incorporou-o e buscou superá-lo, ajustando-o às novas realidades. Precisamente esta ótica constitucional do processo foi que fundamentou o passo adiante, dado nas últimas décadas, no sentido de se considerar como indissociáveis não só o enunciar o direito, como também o organizar democraticamente as funções vinculadas a sua produção e aplicação”. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. *Revista Diálogo Jurídico*, Salvador, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 02 mar. 2016).

<sup>350</sup> Essas funções são perfeitamente identificadas no artigo 1.º da Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal: “art. 1.º. Essa Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, **à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração**”. (grifo nosso).

Administração seja precedida da declaração de repulsa ou afirmação do ato, “amparada sempre em texto legal ou princípio jurídico”.<sup>351</sup>

Na perspectiva da dupla função, ao analisar o processo administrativo como garantia constitucional, Romeu Felipe Bacellar Filho afirma que o processo, além de possibilitar a regulação do exercício da competência (garantia geral de estrutura do ordenamento jurídico), atua como instrumento que garante a proteção do indivíduo perante a ação daquela competência. E conclui o raciocínio assegurando que “na relação entre administração e cidadãos, técnicas processuais tutelam competências para aquela e direitos e liberdades para estes”.<sup>352</sup>

Portanto, com base na argumentação doutrinária, é possível concluir que a evolução constitucional e democrática verificada no processo civil refletiu na processualização da atividade administrativa, o que pressupõe o reconhecimento da estreita relação existente entre processo, direitos fundamentais e Constituição.

#### 4.3 O DIREITO FUNDAMENTAL À PROCESSUALIZAÇÃO

Conforme já abordado neste trabalho, Georg Jellinek elaborou a teoria segundo a qual as relações entre os indivíduos e o Estado estão circunscritas a quatro *status*<sup>353</sup>: o passivo, o negativo, o positivo e o ativo. De acordo com o autor, nesses quatro *status* é que residem as condições em que o indivíduo pode apresentar-se diante do Estado, pelo fato de a ele pertencer.

Inicialmente, devido à condição do dever de obediência ao Estado, o indivíduo se encontra privado de personalidade; em seguida, a personalidade lhe é reconhecida num âmbito livre de qualquer intervenção estatal; ainda, o próprio Estado tem o dever de prestações perante ele; e, por fim, a ele é atribuído o direito de participar das decisões estatais.

Com essa teoria da autolimitação do Estado, tornar-se-ia possível, para Jellinek, disciplinar as relações existentes entre o Estado e os indivíduos, especialmente por meio da juridicização da atividade administrativa, que a partir de então passaria a ser controlada pela

---

<sup>351</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo: RT, 1971. p.110. No mesmo sentido é o entendimento de Diogo de Figueiredo Moreira Neto, que identifica entre as funções do processo administrativo garantir uma atuação estatal mais eficiente e segura, especialmente por meio da observância dos princípios constitucionais que devem reger estes procedimentos, ressaltando os princípios da legalidade, publicidade, oficialidade, contraditório, motivação e recorribilidade. (MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p.560-561).

<sup>352</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.62.

<sup>353</sup> Está a se referir à Teoria da Autolimitação do Estado e os direitos públicos subjetivos (Capítulo 1.2).

atividade jurisdicional do Estado, fortalecendo sobremaneira, para o sistema então vigente, a tutela da esfera jurídica individual.

José Miguel Garcia de Medina, analisando a teoria de Jellinek, faz sua transposição para o âmbito das relações processuais, para assim concluir:

Pode-se dizer, seguindo esta teoria, que o direito de exigir do Estado a prestação jurisdicional corresponde ao denominado status positivo (ou status civitatis). Mas o status positivo não esgota o papel das partes, no processo. No status passivo (ou status subiectionis) leva-se em conta a sujeição do indivíduo ao Estado; no negativo (status libertatis), a liberdade frente ao Estado. Assim, o status libertatis tem a ver com a faculdade de agir em juízo, que condiciona o início da atividade jurisdicional; sob outra face, ao exercer o direito de ação a parte reclama do órgão a prestação jurisdicional que lhe deve ser conferida pelo Estado (status positivo); mas o pedido apresentado pelo autor pode ser ou não julgado procedente, e a este resultado se submeterão as partes, o que é manifestação do status subiectionis. Além destas formas de status, reconhece-se que as partes têm status activus processualis.<sup>354</sup>

Com a transposição da teoria de Jellinek para o âmbito das relações processuais, é possível realçar a importância que o procedimento viria a assumir como instrumento de extensão dos direitos fundamentais materiais, pois a verdadeira garantia das disposições fundamentais consiste, essencialmente, em sua proteção processual.

Como reconhece Otto Bachof, as ligações jurídicas entre os indivíduos e o Estado devem ser qualificadas como relações jurídicas, e, conseqüentemente, a relação jurídica abrange também o procedimento. Em outros termos, há que se considerar uma relação jurídica procedimental, ao lado da relação jurídica substantiva. Daí ser o processo “o espaço preferencial para o desenrolar das relações jurídicas administrativas”, de modo a propiciar a recondução das diversas manifestações da atividade administrativa a um elemento comum, e, ainda, a de “ensejar a análise da atuação da Administração e de suas relações com os particulares como um fenômeno dinâmico e não meramente estático”.<sup>355</sup> A teoria oferece substrato para sustentar que a mudança do eixo para a processualidade (calcada no reconhecimento da relação jurídica administrativa), pode proporcionar a elevação do patamar de legitimidade, e até mesmo da efetividade da atuação administrativa.

Niklas Luhmann sustenta não ser função primordial do procedimento (judicial, legislativo ou administrativo) a aplicação da justiça incontestável, senão a de conferir legitimidade às

---

<sup>354</sup> MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, v.40, n.90, p.16-17, jan./jun 2010.

<sup>355</sup> Apud SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.209.

decisões e posições tomadas, porquanto o “objetivo do procedimento juridicamente organizado consiste em tornar intersubjetivamente transmissível a redução de complexidade, quer com a ajuda da verdade, quer mediante a criação do poder legítimo”.<sup>356</sup> Em outras palavras, a legitimação pelo procedimento não é uma justificação pelo direito processual, mas transformação estrutural da expectativa, por meio de um processo efetivo de comunicação, em conformidade com a regulamentação jurídica.

A legitimação pelo procedimento e pela igualdade das probabilidades de obter decisões satisfatórias substitui, segundo Luhmann, os antigos fundamentos jusnaturalistas ou os métodos de consenso, de modo que os procedimentos encontram um reconhecimento generalizado, independente do valor do mérito de satisfazer a decisão isolada, arrastando consigo a aceitação e consideração de decisões obrigatórias. Trata-se, assim, de um acontecimento real, mas não de uma relação mental normativa. Representaria o processo uma aquisição evolutiva.<sup>357</sup>

Realçando esse entendimento, Peter Häberle desdobrou a ideia de *status* ativo em *status activus processualis*, para afirmar que é justamente nesse ponto que reside o aspecto procedimental dos direitos fundamentais. Segundo o autor, “é por intermédio do procedimento que se fortalece o aspecto jurídico-material dos direitos fundamentais no Estado prestador Social”.<sup>358</sup>

Em abordagem que propugna pela adoção de uma hermenêutica constitucional adequada às sociedades pluralistas, Peter Häberle toma a participação no processo como influência qualitativa, e de conteúdo dos participantes sobre a própria decisão, um verdadeiro aprendizado destinado aos tribunais. Essa concepção pode ser transportada para o âmbito da Administração Pública, mesmo porque, para o autor, o processo administrativo “é um veículo de realização dos direitos fundamentais junto ao estado-prestador”.<sup>359</sup>

Portanto, a efetiva realização dos direitos fundamentais não pressupõe somente a “mera declaração” por parte do Estado de que esses direitos constituem direitos subjetivos materiais, no que a teoria de Jellinek se reduz; exige-se que, para além de serem declarados, os direitos passem a ser reconhecidos, como normas de organização, em sua faceta procedimental, com possibilidade de sua reclamação perante os órgãos estatais, especialmente perante o Poder Judiciário.

---

<sup>356</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980. p.26-27.

<sup>357</sup> Ibid., p.31-32.

<sup>358</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos interpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997. p.29-30.

<sup>359</sup> Ibid., p.31-32.

Na busca de formular uma teoria estrutural para os direitos fundamentais, tendo como ponto de partida a jurisprudência constitucional alemã, Robert Alexy aborda a questão dos direitos fundamentais prestacionais, afirmando que a Lei Fundamental de Bonn foi tímida em estabelecer direitos subjetivos dos indivíduos, limitando-se ao direito de proteção à maternidade e ao dever de assistência comunitária. Nessas condições, segundo o autor, outros direitos fundamentais, na Alemanha, devem ser adscritos de outras normas constitucionais, no que exsurge o problema do *se* e *como* se pode impor a persecução dos fins do Estado por meio dos direitos subjetivos fundamentais.<sup>360</sup>

Ao tratar da estrutura sistêmica dos direitos fundamentais, mais especificamente dos direitos prestacionais, o doutrinador alemão, após conceituá-los como o direito dos indivíduos de exigir prestações positivas do Estado, subdivide-os em: direitos de proteção, direitos de organização e procedimento; e direitos à prestação em sentido estrito.

O direito de proteção seria compreendido como obrigação estatal, na proteção do indivíduo diante da intervenção de terceiros na esfera de seu direito fundamental; por sua vez, os direitos à prestação em sentido estrito seriam os direitos dos indivíduos em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes, e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia obter também de particulares, a exemplo do direito à assistência social, ao trabalho, à saúde, à educação e a todos os demais direitos sociais.<sup>361</sup>

Por último, as prestações destinadas a evitar a violação dos direitos fundamentais estão vinculadas aos direitos fundamentais prestacionais, por se tratarem de direito ao procedimento. Embora este pudesse ser considerado como direito de proteção (dos direitos fundamentais) contra a intervenção de terceiros, sua caracterização, como direitos prestacionais, os torna com eficácia muito mais ampla: primeiro, porque o aspecto procedimento se sobressai ao aspecto protecionista; segundo, porque não busca apenas a proteção do direito fundamental contra a intervenção de terceiros, mas em especial a outorga concreta, e o desenvolvimento de alguns desses direitos fundamentais pelo legislador (quando seu objeto for a criação de normas procedimentais) ou pelos próprios tribunais (quando entendido como proteção jurídica efetiva).

---

<sup>360</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.431.

<sup>361</sup> Ibid., p.499.

Ao tratar dos direitos fundamentais prestacionais, na perspectiva dos direitos à organização e ao procedimento, Alexy explica:

Os procedimentos são sistemas de regras e/ou princípios para a obtenção de um resultado. Se o resultado é obtido respeitando as regras e/ou princípios, então, desde o aspecto procedimental apresenta uma característica positiva. Se não é obtido desta maneira, então é defeituoso desde o ponto de vista procedimental e, por isto, tem uma característica negativa. Este conceito amplo de procedimento abarca tudo o que cai sob a fórmula ‘realização e asseguramento dos direitos fundamentais através da organização e o procedimento’.<sup>362</sup>

Conforme o autor, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, a todo direito fundamental material estão adscritos direitos procedimentais. Porém, e nas palavras do autor, se os direitos materiais são direitos subjetivos, então os direitos procedimentais também devem ser assim considerados. Dessa forma, no âmbito de uma teoria estrutural geral, é possível, segundo o autor, a classificação em quatro tipos de direitos de organização e procedimento: a) competências de direito privado; b) procedimentos judiciais e administrativos; c) organização em sentido estrito; d) formação da vontade estatal.<sup>363</sup>

Dentro da linha que se propõe este tópico, interessa-nos o tratamento dispensado pelo autor aos “procedimentos judiciais e administrativos”, ou procedimentos em sentido estrito, que são essencialmente direitos a uma proteção jurídica efetiva, o que exige que o resultado do procedimento garanta os direitos materiais do respectivo titular de direito.

Esse autor traz que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha assim descreve a tarefa do direito processual: “*o direito processual serve para a produção de decisões conforme a lei e, desde este ponto de vista, corretas, porém, ademais, dentro do marco desta correção, justa*”.<sup>364</sup>

Contudo, o fato que no âmbito dos direitos fundamentais as normas procedimentais não podem proporcionar tudo, não significa que devam ser subestimadas, pois,

[...] ali onde as normas procedimentais podem aumentar a proteção dos direitos fundamentais, estão exigidas *prima facie* por princípios jusfundamentais. Se não primam princípios opostos, existe um direito definitivo a sua vigência. Por tanto, no que respeita a relação entre direitos fundamentais e procedimentos jurídicos, o aspecto procedimental e o material tem que ser reunidos em um modelo dual que garanta o primado do aspecto material.<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.458.

<sup>363</sup> Ibid., p.460-461.

<sup>364</sup> Ibid., p.472.

<sup>365</sup> Ibid., p.473-474.

É de se mencionar que, embora a teoria de Alexy esteja direcionada para o Direito alemão e, em análise, voltada às garantias processuais contidas na sua Lei Fundamental, ela se mostra indispensável para a compreensão da teoria dos direitos fundamentais, por atribuir “direitos a procedimentos aos direitos fundamentais materiais”.<sup>366</sup> Ou seja, nenhuma efetividade possuem os direitos fundamentais materiais declarados pelo Estado, caso não sejam reconhecidas as garantias processuais adequadas, que assegurem aos indivíduos a possibilidade de exigir sua proteção efetiva perante um Tribunal.

Dessa forma, a proteção efetiva, ou a visão procedimental de determinado direito fundamental, compõe o núcleo essencial desse mesmo direito. Tal construção realça a importância de que os direitos e as garantias processuais constem expressamente no rol de direitos fundamentais de uma Constituição rígida, a exemplo do que ocorre no Brasil (não se descartando as costumeiras violações), para que não se faça necessário, como no caso alemão, amparar-se em teorias, a exemplo de Alexy que, com sustentação na teoria do *status* ativo de Jellinek, assim concluiu para destacar o aspecto procedimental dos direitos e das garantias fundamentais materiais:

Inúmeras posições jurídicas procedimentais de direito ordinário existem em virtude de normas de direito ordinário. Se sua existência for exigida pelos direitos fundamentais – e isso é o que em grande medida ocorre – o conteúdo jurídico procedimental das normas de direitos fundamentais consiste também na proibição de sua eliminação, ou seja, em protegê-las contra atos de revogação.<sup>367</sup>

No que se refere à temática do presente trabalho, é importante também transcrever a abordagem feita por Helmut Görlich, quanto à processualização da atividade administrativa e sua relação com direitos fundamentais. Para o autor, faz-se necessário sobrelevar a importância de direitos e garantias constitucionais de índole processual, e, assim, a processualização,

Deve ser vista, de ora em diante, como um programa de extensão dos direitos fundamentais materiais, pelo que deve ser defendida em simultâneo com a extensão da proteção jurídica no que respeita ao acesso aos tribunais e ao procedimento judicial [...] Um procedimento correcto, no sentido dos direitos fundamentais, não conduz apenas à consagração de direitos de acesso, de direitos de apresentação de provas, de direitos de participação e de audiência, mas talvez antes à instauração gradual de um procedimento em que as autoridades administrativas encarregadas da audiência sejam diferentes das autoridades que planificam, decidem e que são as responsáveis pela decisão.<sup>368</sup>

<sup>366</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.475.

<sup>367</sup> *Ibid.*, p.477.

<sup>368</sup> Apud SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.390.



É importante esclarecer que, embora os autores citados tenham como ponto de partida os direitos fundamentais, a diferença reside no fato que, enquanto Alexy analisa o direito de participação em um viés democrático (*status activus processualis*), no qual residiria o aspecto procedimental dos direitos fundamentais – direito de participação e direito à proteção jurídica efetiva por meio de procedimentos, podendo, assim exigí-los em juízo –, Görlich dá ênfase à existência de direitos fundamentais de caráter procedimental ou processual (garantias processuais constitucionais e fundamentais, como ampla defesa, contraditório, juiz natural, motivação das decisões, dentre outros.).

Com base nessas compreensões, é possível justificar as razões pelas quais o processo foi alçado à condição de ponto central de toda a teoria processual, afastando a concepção de sua exclusividade à atividade jurisdicional. De fato, conforme Rosemiro Pereira Leal, essa concepção atual de processo “pode abranger tanto o processo judicial como o administrativo, a demonstrar, mais uma vez, a processualização da atividade administrativa e o seu núcleo comum: a previsão constitucional de princípios processuais comuns para ambos os processos”.<sup>369</sup>

Nessas condições, ao lado das garantias processuais constitucionais, o viés procedimental dos direitos fundamentais confirma a intrínseca relação existente entre Constituição, processo e direitos fundamentais, ao demonstrar que a proteção jurídica efetiva de um direito fundamental, que se dá por meio do procedimento, pressupõe o reconhecimento de que a face procedimental dos direitos fundamentais é indissociável do núcleo dos direitos fundamentais.

Ao mesmo tempo, a visão procedimental dos direitos fundamentais possibilita que os indivíduos, valendo-se de sua posição ativa processual (*status activus processualis*), possam exercer na plenitude a cidadania e, assim, participar de maneira decisiva na formação da vontade do Estado. Nisso sobressai a relevância do processo administrativo, que além de tornar possível a regulação do exercício da competência disciplinar, atua como instrumento que assegura maior proteção aos cidadãos, em especial aos servidores públicos, perante a ação da referida competência.

---

<sup>369</sup> LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p.100. O autor conceitua o processo como sendo “o conjunto de princípios e institutos jurídicos reunidos ou aproximados pelo Texto Constitucional com a denominação jurídica de Processo, cuja característica é assegurar, pelos princípios do contraditório, da ampla defesa, da isonomia, do direito ao advogado e do livre acesso à jurisdicionalidade, o exercício dos direitos criados e expressos no ordenamento constitucional e infraconstitucional por via de procedimentos estabelecidos em modelos legais (devido processo legal), como instrumentalidade manejável pelos juridicamente legitimados”.

#### 4.4 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO

O presente tópico tem por finalidade estabelecer, com base na doutrina do Direito Administrativo Disciplinar, os principais conceitos básicos e os fundamentos do exercício da competência disciplinar da Administração Pública, assim como os critérios que o delineiam, tendo como parâmetro o regime jurídico disciplinar dos servidores públicos civis da União.

De início, é fundamental destacar que o Direito Administrativo Disciplinar, ramo do Direito Administrativo, não se confunde com regime disciplinar. O regime disciplinar é o “conjunto de regras e princípios que regulam os vários institutos do direito disciplinar, constantes de um regulamento autônomo ou de uma seção especial de um determinado estatuto do servidor”, enquanto o Direito Administrativo Disciplinar, como vertente do Direito Administrativo Sancionador, “abrange não só o estudo dos vários institutos contemplados nos regulamentos, como também, os princípios e fundamentos que, mesmo não positivados em lei, orientam a verdadeira compreensão e interpretação dessas normas”.<sup>370</sup>

Portanto, o Direito Administrativo Disciplinar tem por objetivo contribuir com a formação teórica necessária ao estabelecimento dos mais variados regimes disciplinares, aplicáveis às mais variadas categorias de indivíduos.

Delimitada a abordagem deste tópico, é importante explorar, mesmo que de forma sucinta, o Direito Administrativo Disciplinar, uma vez que se trata de referencial indispensável à compreensão do regime disciplinar aplicável aos servidores públicos civis da União, regulado, em grande parte, pelas disposições da Lei n.º 8.112/90, Lei n.º 9.784/99<sup>371</sup> e pela Constituição Federal de 1988, que, juntas, fornecem um significativo arsenal jurídico para a configuração do regime disciplinar.

---

<sup>370</sup> COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo: Método, 2009. p.34-35.

<sup>371</sup> A Lei n.º 9.784/99 contribui sobremaneira para delinear o regime disciplinar dos servidores públicos federais, pois fixa as regras gerais a serem observadas pela Administração Pública em geral – e, por consequência, por todos os seus agentes – nas atividades exercidas no processo administrativo. Referida lei aplica-se de forma subsidiária aos processos administrativos disciplinares, conforme determinação contida no artigo 69. Por sua vez, a Constituição, em capítulo destinado à Administração Pública, dispõe sobre os princípios que vinculam o seu atuar, bem como estabelece regras gerais acerca da estabilidade, da remuneração, do ingresso e da demissão no serviço público.

O Direito Administrativo Disciplinar, em sentido amplo, tem como pressuposto o dever constitucional imposto à Administração Pública para regular modelos de conduta e as respectivas sanções, tanto para os agentes públicos<sup>372</sup> como para todas as demais pessoas, físicas e jurídicas, quando sujeitas à disciplina interna dos seus órgãos e atividades, em razão de vínculo especial, cujo dever decorre do princípio da hierarquia<sup>373</sup>, inerente a toda e qualquer organização estatal.

Trata-se de competência de supremacia especial, em que o Estado exerce sua prerrogativa em relação àqueles que mantêm um vínculo com a Administração, por relações de qualquer natureza, subordinando-se às normas de funcionamento do serviço, ou, como observado por Romeu Felipe Bacellar Filho, refere-se “a obrigação constitucional imposta ao Estado de manter a disciplina de seu corpo diretivo em toda a sua atividade funcional, utilizando sua força coercitiva dentro de limites juridicamente estabelecidos”.<sup>374</sup>

É de se mencionar que, não raro, a doutrina refere-se à competência disciplinar como sendo o instrumento de que dispõe a Administração para a regular tão somente a conduta disciplinar dos servidores públicos, no que estariam os particulares dele excluídos.<sup>375</sup>

No entanto, essa limitação da abrangência subjetiva do direito administrativo disciplinar, aos servidores públicos, é insatisfatória<sup>376</sup>, por estar distanciada do real sentido de *poder disciplinar* que tem sua origem e razão de ser, no interesse e na necessidade de aperfeiçoamento

<sup>372</sup> Embora o trabalho esteja voltado ao estudo dos servidores públicos da União, utiliza-se, neste momento, a expressão “agente público”, para caracterizar o gênero do qual o servidor público é espécie. Justifica-se a opção pela expressão, pois o regime disciplinar abrange toda a pessoa física que, investida de funções públicas, presta serviços aos órgãos do Estado e às entidades administrativas da Administração indireta, a exemplo dos empregados públicos ou governamentais, particulares em colaboração com o Poder Público. Nesse sentido, a Lei n.º 8.429/1992, em seu art. 2º, ao definir o agente público, propicia entender como a expressão é abrangente. Segundo as disposições do texto legal, “Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior” (administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território).

<sup>373</sup> Embora a competência disciplinar seja correlata com a competência hierárquica, com esta não se confunde. No exercício da competência hierárquica a Administração Pública distribui e escalona as suas funções executivas; já no uso da competência disciplinar, ela controla o desempenho dessas funções e a conduta interna de seus servidores, como também dos particulares sujeitos à disciplina administrativa.

<sup>374</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.32.

<sup>375</sup> Egberto Maia Luz entende que o direito administrativo disciplinar é “o ramo do Direito Administrativo destinado a apurar, decidir e regular, todos os aspectos pertinentes, as relações que o Estado mantém com seus servidores, visando o respeito das leis e das normas que regulam as atividades funcionais”. (LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar: teoria e prática**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. p.64).

<sup>376</sup> Segundo Bacellar Filho, esta compreensão do Direito Administrativo Disciplinar, reduzida aos servidores públicos, pode se explicada pelo peso da tradição do uso legal da expressão “processo disciplinar” como forma de apuração das faltas administrativas cometidas pelos servidores no exercício de suas funções. (BACELLAR FILHO, op. cit. p.33).

progressivo das atividades do serviço público, as quais envolvem relações não só com os agentes públicos, mas também com os particulares.

Adota-se no presente trabalho o posicionamento que o Direito Administrativo Disciplinar, como Direito Sancionatório em sentido amplo, abrange a competência disciplinar da Administração Pública, tanto em face de todos os seus agentes como de todas as pessoas que com ela mantenham relação especial de sujeição, definida previamente em Lei; e, em sentido estrito, somente dos servidores públicos.

Do mesmo modo, é importante evidenciar que a competência disciplinar da Administração Pública não deve ser confundida com a competência punitiva do Estado. Elas se diferenciam não só quanto aos fundamentos e à natureza das penalidades, como também e até mesmo, quanto à autoridade sancionadora: enquanto a competência disciplinar atribui à própria Administração Pública a função punitiva interna (no âmbito das relações especiais de sujeição), a competência punitiva do Estado é exercida pelo Poder Judiciário (ou justiça penal) e, de maneira mais ampla, tem por finalidade a repressão de crimes e contravenções penais, praticados pelos indivíduos sujeitos à aplicação das leis penais. Portanto, a diferença é de substância e não de grau; do que decorre a possibilidade de aplicação concomitante das sanções, sem que isso implique a configuração do *bis in idem*.

Por fim, e não menos importante, a competência disciplinar distingue-se, fundamentalmente, da competência de polícia administrativa do Estado, uma vez que esta, interferindo na esfera de direitos dos particulares, impõe-lhes restrições e condiciona o exercício de direitos e atividades, independente da existência de relação especial de sujeição, definida previamente, condição de incidência da competência disciplinar.

Retornando à competência disciplinar, um dos principais temas desta pesquisa, senão o maior deles, diz respeito ao servidor público, pois este, ao tomar posse em cargo público da estrutura administrativa do Estado, de imediato passa a se sujeitar ao respectivo regime jurídico disciplinar, que lhe impõe uma variedade de deveres e proibições. Descumprido qualquer dever, ou cometendo ato vedado pelo estatuto, caberá à Administração Pública, no exercício indeclinável da competência disciplinar, apurar a irregularidade, verificar a presença do ilícito, estabelecer os limites da responsabilidade, impor e executar a sanção cabível.

Sobres esse aspecto, é interessante mencionar que, diferentemente das relações entre os particulares, nas quais predomina a autonomia da vontade, o exercício da competência disciplinar

pela Administração Pública não constitui uma faculdade discricionária do administrador<sup>377</sup>, mas, antes, um poder-dever, tendo em vista que, constatada a conduta comissiva ou omissiva, contrária à ordem jurídica, seja do agente público, seja de qualquer outro particular que com ela mantém vinculação jurídica específica, o administrador tem o dever de apurar a infração e aplicar as respectivas sanções.<sup>378</sup>

Com base nessas compreensões, pode-se afirmar que o Direito Administrativo Disciplinar tem por objetivo: (i) a previsão geral e abstrata de hipóteses havidas como ilícitos administrativos e as respectivas sanções; e (ii) estabelecer as condições e formalidades que sejam constitucionalmente adequadas à apuração, por parte da Administração Pública, da prática de determinado fato pelo agente ou pelo particular, e a aplicação da correspondente sanção.

Trata-se de uma dupla função, e na qual se revela a existência da relação entre direito material e direito processual; uma relação de “mútua complementabilidade funcional” que tem como ponto de partida a autonomia dos dois ramos: Direito Administrativo Disciplinar, material ou substancial, e Direito Administrativo Disciplinar formal ou processual, que antes de serem distintos, são províncias ou modo diversos de perspectivar o mesmo objetivo.<sup>379</sup>

Consideradas as disposições da Constituição Federal de 1988, o Direito Administrativo Disciplinar somente se realiza por meio do processo. Nessa condição, presente o ilícito, e inadmitido o instituto da “verdade sabida”<sup>380</sup>, a aplicação da sanção pressupõe o devido processo legal, na forma do que dispõe o artigo 5.º, LV da Constituição Federal, o que pressupõe a procedimentabilização do exercício da competência disciplinar, com a necessária observância das garantias do contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

---

<sup>377</sup> Como afirma Lucas Rocha Furtado, “o exercício do poder disciplinar em relação aos servidores públicos federais se insere no âmbito das atividades vinculadas: verificado o cometimento de infração, deve ser instaurado o devido processo disciplinar; comprovado por meio do processo disciplinar o cometimento da infração, deve ser aplicada a sanção; sendo, ademais, indicada a pena a ser aplicada em razão da infração praticada”. (FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.490).

<sup>378</sup> No que se refere ao regime disciplinar dos servidores públicos, o artigo 143 da Lei n.º 8.112/90 dispõe que “A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa.”

<sup>379</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.37.

<sup>380</sup> Refere-se ao conhecimento pessoal, público e notório da infração, pela autoridade competente para aplicar a sanção disciplinar. Segundo Romeu Felipe Bacelar Filho, “Formou-se um consenso doutrinário acerca da inconstitucionalidade da verdade sabida. A Constituição de 1988 exige, incondicionalmente, o processo (procedimento em contraditório) para aplicação de sanção disciplinar de qualquer espécie e seja qual for o conjunto probatório, que a administração pública disponha para tanto”. (BACELLAR FILHO, loc. cit.).

#### 4.5 PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR DOS SERVIDORES PÚBLICOS

A Constituição Federal de 1988 consagrou um regime processual que disciplina a perda do cargo dos servidores públicos<sup>381</sup>, dispondo em seu artigo 41, que: São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público. § 1.º O servidor público estável só perderá o cargo: I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado; II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa; § 2.º Invalidada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço. § 3.º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo. § 4.º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

A grande novidade, no que se refere ao regime disciplinar, consiste em que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, no Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), Capítulo I (Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos), artigo 5.º, inciso LV, que: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Analisando o campo de incidência das duas regras constitucionais sobre o processo administrativo, a do artigo 5.º, inc. LV tem campo mais amplo que a do parágrafo 1.º, do art. 41, considerando que naquela o legislador constituinte assegurou o processo administrativo com contraditório, ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, para a generalidade dos litigantes e acusados; e nesta, assegurou o processo administrativo com ampla defesa somente para o servidor público estável, ao qual se imputam fatos ensejadores de perda do cargo público.<sup>382</sup>

---

<sup>381</sup> A previsão do processo administrativo disciplinar como condição da perda do cargo dos servidores públicos não é novidade. Surgiu nos textos constitucionais mediante a consagração do processo administrativo aplicável à perda do cargo dos servidores. Assim ocorreu nas Constituições de 1934, 1937, 1946, 1967 e na Emenda 1/69. A variação no texto constitucional ocorria nas condições exigidas para que os servidores fossem protegidos pela norma e na locução que acompanhava a expressão processo administrativo (plena defesa, ampla defesa etc.). Além disso, todas as Constituições revogadas referiam-se à exigência de processo administrativo somente para o caso de perda do cargo.

<sup>382</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.60.

Apesar disso, o fato é que o princípio do devido processo legal foi consagrado no artigo 5.º, inc. LIV, “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, cujo dispositivo também incide sobre o processo administrativo.

Dessa forma, a interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais, permite afirmar que o processo administrativo disciplinar foi alçado ao *status* de garantia constitucional, cuja finalidade é a tutela de direitos, porquanto se apresenta como instrumento que permite a preservação e o reconhecimento, não somente dos direitos dos servidores públicos diante do exercício da competência disciplinar da Administração Pública, mas de todas as pessoas a ela vinculadas em razão da presença de um regime especial.

Como garantias constitucionais, os incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição exercem dupla função. Atuando subjetivamente na tutela de direitos dos servidores públicos, comportam-se como “garantias dos servidores; e, objetivamente, ao prevenir e remediar violações do direito objetivo vigente, como garantias da legalidade”.<sup>383</sup>

Nessas condições, o processo administrativo disciplinar torna possível a regulação do exercício da competência disciplinar do Estado, atua como instrumento que assegura maior proteção dos servidores públicos perante a ação da referida competência. Assim, nas relações decorrentes do regime disciplinar dos servidores públicos, as técnicas processuais passam a exercer a função de tutela da competência disciplinar da Administração Pública, e dos direitos e liberdades dos servidores públicos.

A garantia do devido processo legal, contida no inciso LIV do artigo 5.º da Constituição Federal, vincula o exercício da competência disciplinar da Administração Pública aos procedimentos nela estabelecidos, e nas leis infraconstitucionais, possibilitando maior regularidade e racionalidade no exercício das competências estatais, e dos deveres dos servidores públicos.

Por outro lado, ao atribuir ao processo administrativo o *status* constitucional (art. 5.º, LV), posicionando-o entre as garantias fundamentais da Constituição Federal, o legislador constituinte voltou suas atenções no sentido de dar ao processo administrativo disciplinar um tratamento diferenciado, condicionando à atuação do legislador infraconstitucional e do administrador público. Nessa condição, tanto o legislador (ao instituir formas de resolução dos conflitos) como o administrador (quando da aplicação das normas de resolução dos conflitos) estão vinculados à realização das garantias constitucionais materiais e processuais.

---

<sup>383</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.60.

Evidentemente que a Constituição não regulou (e nem poderia) minuciosamente o processo administrativo disciplinar, prevendo, tão somente, as condições mínimas às quais o legislador e o administrador estão obrigatoriamente vinculados. No entanto, levando-se em consideração que o sistema constitucional é aberto<sup>384</sup>, o espaço conferido à regulação, e, até mesmo, à interpretação em matéria de normas processuais relativas ao processo disciplinar, é amplo. Nesses quadros, como bem observado por Romeu Felipe Bacellar Filho, “o processo administrativo não se resume apenas ao que está na lei (lida conforme a Constituição), mas também o que deveria estar e não está, por força de imposição constitucional”.<sup>385</sup>

Com base nessa premissa, partindo-se do pressuposto de que o processo administrativo disciplinar, no qual esteja assegurada a ampla defesa (art. 40, § 1.º, II, da CRFB/88), se apresenta como garantia do servidor estável, e, ao mesmo tempo, instrumento que confere maior racionalidade ao exercício da competência disciplinar, a Lei n.º 8.112/90 deve reconstruir o processo administrativo à imagem e semelhança da Constituição (art. LV)<sup>386</sup>, sob pena de se transformar o remédio (garantia do servidor) em verdadeiro veneno.

Em outras palavras, o artigo 40, § 1.º, II, da Constituição Federal, tem por finalidade exercer a função de proteção dos direitos do servidor público estável, em face da competência disciplinar da Administração Pública; ele não se presta a conferir legitimidade a procedimentos meramente formais, visto que, nessa condição, estaria atuando como instrumento de restrição aos referidos direitos.

Portanto, se a lei que regula o processo administrativo disciplinar não contém o que deveria conter, por imposição constitucional, deve ser declarada inconstitucional, por meio dos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade das leis.

Retornando aos dispositivos constitucionais (incisos LIV e LV do artigo 5.º da CRFB), tem-se que no processo administrativo disciplinar dos servidores públicos, como espécie que é do processo administrativo, deverão ser assegurados a ampla defesa e o contraditório, em atendimento ao princípio do devido processo legal.

---

<sup>384</sup> Conforme mencionado por Canotilho, “um sistema normativo considera-se em termos lógicos como um sistema aberto quando se não pressupõe que apenas o explicitamente prescrito é também admitido. Ao contrário, o exemplo de sistema fechado reconduz-se a fórmulas típicas, como: ‘o que não é proibido é permitido’, ou ‘o que não é permitido é proibido’. De uma forma sintética, poder-se-ia caracterizar o sistema fechado, como aquele em que só a normação explícita (proibido, autorizado, imposto) é relevante. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.408-409).

<sup>385</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.64.

<sup>386</sup> Ibid., p.63.



A garantia constitucional do devido processo legal possui conotação ampla, já que abrange a proteção da vida, da liberdade e da propriedade. Para o indivíduo, o direito ao devido processo legal possui características de direito de liberdade (proporcionando uma esfera livre de intervenções arbitrárias do Poder Público ) e de direitos de prestação (impõe ao Poder Público o dever de assegurar certas condições mínimas em todos os seus processos de atuação).<sup>387</sup>

Portanto, a expressão “devido processo legal” comporta mais do que um significado: tanto compreende direitos de liberdade quanto de prestação; tanto compreende os diversos ramos da ciência processual (processo penal, civil, administrativo, legislativo) quanto engloba questões de direito material, sendo perfeitamente possível identificar a evolução do seu conceito para uma orientação substantiva.

Para a melhor compreensão da expressão *devido processo legal*, é possível a ela se referir sob duas perspectivas: *substantive dues process e procedural due process*, que se traduz no devido processo legal em sentido material ou substantivo, e o devido processo legal em sentido formal, processual ou adjetivo.

O *devido processo legal em sentido material* refere-se à limitação que o ordenamento jurídico impõe ao legislador e ao administrador, no sentido de que as normas em abstrato, e em concreto, estejam em conformidade com os preceitos constitucionais, o que envolve a razoabilidade, a finalidade e a justiça da norma. Outra repercussão do devido processo legal em sentido substancial, senão a mais importante, diz respeito à possibilidade do controle da constitucionalidade das leis, não só pelo juiz, mas também pela própria Administração Pública.<sup>388</sup>

A teoria do *substantive due process* está atrelada às primeiras experiências da moderna *judicial review*, utilizada pela Suprema Corte norte-americana, entre os anos de 1890 a 1937, para operar o controle judicial da constitucionalidade das leis.<sup>389</sup> Com base nestas experiências, não somente o juiz, mas também o administrador, antes de aplicar a lei, deve analisar a sua compatibilidade com a Constituição.

Como já afirmado em linhas atrás<sup>390</sup>, a atividade administrativa encontra-se vinculada à Constituição, e, em determinadas situações, os juízes e administradores podem, e devem, em suas decisões, afastar previsões legais específicas, para assegurar a primazia de princípios

---

<sup>387</sup> SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido processo legal e a razoabilidade na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.40.

<sup>388</sup> SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997. p.87-88.

<sup>389</sup> SILVEIRA, loc. cit.

<sup>390</sup> Capítulo 2.5.2. Uma nova dimensão ao padrão de legalidade – A submissão à Constituição.

constitucionais (a exemplo da dignidade da pessoa humana, juridicidade, culpabilidade, presunção da inocência e prestação jurisdicional acerca da violação a direito), bem como, visando assegurar o sentido de integridade constitucional, garantir, assim, a unidade e coerência que deve reger o regime jurídico administrativo implantado com a Constituição Federal de 1988.<sup>391</sup>

Por sua vez, *o devido processo legal em sentido formal* corresponde o dever que o Estado tem de observar um processo previamente estabelecido em normas jurídicas. A todo e qualquer cidadão, e não somente aos servidores públicos, deve ser assegurado o direito a um processo, integrado por um núcleo de garantias processuais, que abrangem, no mínimo: o direito de ser notificado formalmente; de ter ciência das intenções e dos argumentos do Poder Público ; de apresentar as razões de seu inconformismo, produzir provas; de ser ouvido antes de qualquer privação de seus direitos; e de contar com um órgão julgador imparcial, cuja competência tenha sido instituída, por lei, anteriormente ao fato.

Trata-se, pois, de um princípio democrático que possibilita que os indivíduos participem ativamente das fases que antecedem as decisões estatais, conferindo-lhes maior legitimidade ao exercício do poder estatal.

Devido à amplitude de seu alcance, a garantia fundamental do devido processo legal pode ser considerada como sendo a essência de todos os demais princípios constitucionais. Disso decorre que os princípios do contraditório e da ampla defesa nada mais seriam do que o desdobramento do devido processo legal.<sup>392</sup>

De fato, por meio da interpretação sistemática dos incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição Federal, é possível concluir que a garantia do devido processo legal não somente se estende ao processo administrativo disciplinar, mas também se consolida como a fonte principal das demais garantias processuais.

Nessas condições, a regra do inciso LV do artigo 5.º da Constituição, que assegura a garantia fundamental do contraditório e da ampla defesa aos servidores públicos acusados no

---

<sup>391</sup> Não há como se desconsiderar que em determinadas situações, em especial aquelas que envolvam interpretação e aplicação de leis que importem em restrições aos direitos fundamentais, que a atividade ponderativa do intérprete se volte a negar prevalência à referida norma, aplicando outras regras ou princípios constitucionais de maior densidade para o caso em concreto, assegurando, assim, a força normativa da Constituição. Nesse sentido, ver também: BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.177-178.

<sup>392</sup> Odete Medauar observa que, no âmbito administrativo, a cláusula do devido processo legal não se limita às situações de privação de liberdade e ou de bens. Ela deve ser respeitada sempre que presente qualquer controvérsia ou conflito, ou sempre que se vislumbrar a condição de acusados. Segundo a autora, a garantia do devido processo legal no processo administrativo também se desdobra na observância do contraditório e da ampla defesa, conforme determinado pela Constituição. (MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.86).

processo administrativo disciplinar, é complementada e ampliada pelo princípio do devido processo legal, tornando possível admitir a aplicação de outras garantias e direitos previstos na Constituição, a exemplo dos princípios expressos no artigo 37, e também os princípios do juiz natural, da presunção de inocência, da segurança jurídica, da igualdade e da tipicidade, como se passa a demonstrar.

#### 4.6 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS AO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Mantendo fidelidade ao objetivo de analisar a configuração principiológica do processo administrativo dos servidores públicos civis, pretende-se, no presente tópico, analisar as principais garantias processuais e procedimentais, configuradas em regras e princípios constitucionais.

Assim, a análise não se direciona aos princípios gerais do processo administrativo, já consagrados na Constituição Federal, e na legislação infraconstitucional; ao mesmo tempo, não se pretende esgotar o extenso rol de princípios que incidem sobre o processo administrativo disciplinar. Busca-se, tão somente, delimitar um núcleo mínimo de exigências constitucionais, que possibilitem orientar a produção legislativa, e a própria aplicação do procedimento previsto na Lei n.º 8.112/90, e sem as quais o processo administrativo se resume a um procedimento meramente formal, propício à produção de decisões arbitrárias, e em ofensa aos direitos e às garantias individuais do servidor público.

Deve esclarecer-se, também, que o estudo não se direciona a analisar os princípios constitucionais da Administração Pública aplicáveis ao processo administrativo disciplinar. Justifica-se a opção, pois, ressalvadas algumas divergências doutrinárias quanto à maneira de se referir a este ou aquele princípio, ou, ainda, alguma resistência quanto à incidência do princípio da tipicidade ao regime disciplinar, é praticamente unânime o entendimento de que os princípios constitucionais da Administração Pública são aplicáveis ao processo administrativo disciplinar.

Portanto, além dos princípios expressos (art. 37 CF), legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, são igualmente aplicáveis ao processo administrativo e ao regime disciplinar da Administração Pública os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e motivação.

Feitas essas observações, os princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar a serem analisados neste tópico, são: o contraditório, igualdade, ampla defesa, juiz natural e presunção da inocência. Ao final, será feita a análise do princípio da tipicidade.

### a) Princípios do contraditório, ampla defesa e igualdade

Reconhecido o direito ao contraditório e da ampla defesa no artigo 5.º, inciso LV da Constituição Federal, torna-se necessário examinar, evidentemente sem pretensão de esgotar o tema, algumas reflexões da doutrina nacional e estrangeira acerca dos referidos princípios, e a dimensão por eles assumida no processo administrativo disciplinar. No entanto, já se faz possível adiantar a sua importância para toda a ciência processual, pois o contraditório e a ampla defesa são “*os princípios fundamentais do processo, sua força motriz e sua garantia suprema*”.<sup>393</sup>

As concepções relativas à existência de supremacia incondicionada da Administração Pública, nas suas relações com os particulares, e a predominância absoluta da autotutela administrativa foram alguns dos fatores que levaram a doutrina a associar, por muito tempo, a ideia do contraditório somente ao processo jurisdicional.

No entanto, não é ousadia afirmar que essa ideia perdeu completamente o sentido com a promulgação da Constituição Federal de 1988, que estendeu a garantia dos referidos princípios para os processos administrativos, ao prever, no inciso LV de seu art. 5.º, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são garantidos o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Em consonância com o exposto, Hely Lopes Meirelles há muito tempo já afirmava que a Constituição Federal de 1988 jurisdicinalizou o processo administrativo, pois antes dela, o contraditório e a ampla defesa eram assegurados apenas nos processos administrativos punitivos, ou seja, onde haviam acusados. Porém, segundo o autor, com o advento da Constituição de 1988, essa tutela se estendeu a todo e qualquer litigante que esteja envolto em um processo administrativo, bem como aos terceiros interessados.<sup>394</sup>

---

<sup>393</sup> CALAMANDREI, Piero. **Processo e democracia**. Padova: Cedam, 1954. p.148.

<sup>394</sup> MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.396. Aliás, não é só a doutrina que considera superada a ideia de que o princípio do contraditório se restringe ao processo judicial, pois a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal já consolidou esse mesmo entendimento, conforme se verifica da seguinte ementa: “1. Mandado de Segurança. 2. Cancelamento de pensão especial pelo Tribunal de Contas da União. Ausência de comprovação da adoção por instrumento jurídico adequado. Pensão concedida há vinte anos. 3. Direito de defesa ampliado com a Constituição de 1988. Âmbito de proteção que contempla todos os processos, judiciais ou administrativos, e não se resume a um simples direito de manifestação no processo. 4. Direito constitucional comparado. Pretensão à tutela jurídica que envolve não só o direito de manifestação e de informação, mas também o direito de ver seus argumentos contemplados pelo órgão julgador. 5. Os princípios do contraditório e da ampla defesa, assegurados pela Constituição, aplicam-se a todos os procedimentos administrativos. 6. O exercício pleno do contraditório não se limita à garantia de alegação oportuna e eficaz a respeito de fatos, mas implica a possibilidade de ser ouvido também em matéria jurídica. 7. Aplicação do princípio da segurança jurídica, enquanto subprincípio do Estado de Direito. Possibilidade de revogação de atos administrativos que não se pode estender indefinidamente. Poder anulatório sujeito a prazo razoável. Necessidade de estabilidade das situações criadas administrativamente. 8. Distinção entre atuação administrativa que independe

Não bastasse o *status* de garantia constitucional, a Lei n.º 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, também faz previsão expressa da exigência dos referidos princípios, pois em seu artigo 2.º é contundente ao afirmar que “a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência”.

Mais especificamente, no que se refere ao objeto de pesquisa deste capítulo, a Lei n.º 8.112/90, que regulamenta o processo administrativo disciplinar dos servidores públicos, também faz menção à obrigatoriedade do contraditório e da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, ao prever, em seu artigo 153, que “o inquérito administrativo obedecerá ao princípio do contraditório, assegurada ao acusado ampla defesa, com a utilização dos meios e recursos admitidos em direito”.

Ultrapassadas essas questões, é necessário discorrer acerca das finalidades dos princípios do contraditório, da isonomia e da ampla defesa, e dos seus desdobramentos no processo administrativo disciplinar.

Quanto ao contraditório, referido princípio traz, na sua essência, o direito que qualquer indivíduo possui de manifestar o seu próprio ponto de vista ou seus argumentos, quando diante de fatos, documentos ou pontos de vistas apresentados por outrem. Tecnicamente, o contraditório possibilita que os indivíduos contradigam uma posição contrária às suas concepções, expressões, argumentações e interesses.<sup>395</sup>

No âmbito do processo administrativo disciplinar, o contraditório possibilita que o servidor acusado tenha ciência de dados, fatos, argumentos, a cujo teor ou interpretação possa reagir, apresentando, por seu lado, outros dados, fatos e argumentos. À garantia do contraditório,

---

da audiência do interessado e decisão que, unilateralmente, cancela decisão anterior. Incidência da garantia do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal ao processo administrativo. 9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. 10. Mandado de Segurança deferido para determinar observância do princípio do contraditório e da ampla defesa (CF art. 5.º LV)”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24268/MG**. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 05/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJU 17/09/2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 16 mar. 2016.

<sup>395</sup> Ou como afirma Ada Pellegrini Grinover, citando Olivier Schrameck: “o contraditório supõe uma oposição ou uma diferença de percepções, de argumentação e de interesses, um diálogo permitindo opor-se a uma visão de outrem, manifestando a própria; o contraditório suscita um encadeamento de respostas alternadas até o fim do processo onde se inscreve”. (GRINOVER, Ada Pellegrini. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista do Direito Administrativo**, n.183, p.97, 1991.).

para si próprio, corresponde o ônus do contraditório, pois o acusado deve aceitar a atuação no processo de outros sujeitos interessados, com idênticos direitos.<sup>396</sup>

Como antes afirmado, a ideia do contraditório não mais é exclusiva ao processo jurisdicional; ela é inerente ao processo, seja ele judicial ou administrativo, de maneira que, admitir o contrário, seria, nos dizeres de Augustín Gordillo:

fechar os olhos à realidade pretender que no procedimento administrativo haja uma só parte cujos direitos serão discernidos, sem conflitos nem contendas, por um órgão desinteressado do assunto; ao contrário, os recursos, reclamações, denúncias administrativas supõem quase necessariamente um conflito de interesses entre o requerente, de um lado, e o órgão autor do ato, de outro, e isto desemboca bem concretamente numa impugnação que não é outra senão contenda; daí a indispensável discussão plena do assunto, com ataque e prova, mediante um procedimento imparcial, público etc.<sup>397</sup>

Essa compreensão do contraditório, como sendo elemento inseparável, e indispensável ao processo administrativo disciplinar, vai ganhando espaço a partir do reconhecimento das relações que se estabelecem entre a Administração Pública e os indivíduos, e de que nessas se faz necessário conformar o atuar da Administração ao direito, de maneira a evitar o abuso e a edição de atos arbitrários.

Admitir as relações entre a Administração e os indivíduos pressupõe reconhecer que, delas, não raramente possam surgir conflitos de interesses, divergência de interpretação, de pontos de vista, e nas quais se faz necessário aceitar o contraditório. Assim, não há como se admitir que a ideia de contraditório possa se limitar ao processo jurisdicional.

Romeu Bacellar, em estudo voltado aos princípios constitucionais do processo disciplinar, ressalta que o princípio do contraditório faz presumir uma compreensão particular das decisões processuais: elas não são um dado pré-fabricado extraído da norma abstrata e sim, algo alcançado concretamente, por meio de um mecanismo dinâmico e criativo. Pressupõe-se a divergência de dois pensamentos, contrapostos num diálogo – o juízo resulta da síntese das opiniões opostas, superando e resolvendo as contradições.<sup>398</sup>

---

<sup>396</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.102.

<sup>397</sup> GORDILLO, Augustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Tomo II. p.ix-44-45. (tradução livre).

<sup>398</sup> Expõe o autor que o processo se assenta logicamente sobre a ideia de bilateralidade processual: o processo é formado por duas partes contrapostas e a relação jurídico-processual se constitui e se desenvolve da contraposição destas, afirmando que: “Sob o ponto de vista prático, o contraditório fundamenta-se na facilitação, por meio da atividade contraposta das partes, com mediação do juiz, da investigação do material fático e jurídico da causa ou da busca da verdade no processo a partir da procura dos fatos e atuação da lei. O contraditório tem como método o diálogo. Enquanto o monólogo limita a perspectiva do observador, o diálogo, em compensação,

Nas observações de Romeu Bacellar, “o diálogo contraditório pressupõe, necessariamente, a ideia de colaboração: Deve existir a pluralidade de pessoas atuando contemporaneamente e objetivando um resultado de síntese (que não pode ser obtido por um único indivíduo)”. O contraditório determina que esta síntese (decisão), decorrente da ponderação entre tese e antítese – somada à garantia da defesa –, assegura às partes possibilidades equivalentes de interferir na formação do convencimento do órgão julgador (não configura mera resistência ao agir alheio). E, com base nessas assertivas, conclui o autor afirmando que “o contraditório é incompatível com o processo inquisitório (concentração do poder de acusar, defender e julgar), viciado num processo em que a gestão probatória esteja a cargo de um único órgão (a prova será unilateral e não dialógica)”.<sup>399</sup>

Portanto, as finalidades do contraditório no processo administrativo assim podem ser sintetizadas:

- a) No aspecto da garantia de direitos, o contraditório tem por finalidade a proteção das posições jurídicas dos servidores públicos, como destinatários do ato final. Nessas condições, deve ser assegurada aos servidores a participação na fixação do conteúdo do ato administrativo disciplinar, bem como a possibilidade de contra ele se insurgir, se lesivo aos seus direitos.
- b) No aspecto formal, o contraditório tem como objetivo vincular as comissões processantes à busca incessante da verdade, o que se faz por meio da cognição responsável dos fatos, documentos e depoimentos que possam ser úteis para a decisão. Somente com o confronto das razões da Administração e do servidor é que se faz possível estabelecer um panorama mais completo da situação de fato, de direito, e dos interesses envolvidos;
- c) Por fim, no que se refere à visão de colaboração, se faz indispensável a observância da impessoalidade e da neutralidade. A partir do momento que a comissão processante assegura aos servidores a oportunidade de apresentar suas alegações, de produzir suas provas, contraditar testemunhas etc., os elementos e dados objetivos, necessários à formação do convencimento de seus membros, surgem espontaneamente, afastando, conseqüentemente, a pessoalidade na tomada de

---

amplia o quadro de análise, concita à comparação, minimiza o perigo de opiniões preconcebidas e favorece a formação de um juízo mais aberto e ponderado”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998. p.203-204).

<sup>399</sup> Ibid., p.211.

decisão, no que exsurgirá a transparência administrativa. Segundo Odete Medauar, o contraditório não pode ocorrer em regime de “despotismo administrativo”, em segredo, mas pressupõe a cooperação dos interessados na tomada de decisão e a visibilidade dos momentos processuais.<sup>400</sup>

Já no que se refere aos principais desdobramentos do princípio do contraditório no processo administrativo disciplinar, pode-se destacar:

- a) o dever da comissão processante de propiciar a informação geral, não só aos servidores públicos, como também para Administração Pública, para que estes, na qualidade de interessados, possam tomar ciência dos fatos, acesso aos documentos, e de todas as provas produzidas nas várias fases do processo;
- b) a comissão processante deve oportunizar que as partes possam propor e produzir provas, expor seus pontos de vista sobre os fatos, documentos e, argumentos, bem como possibilitar a participação das partes em todos os atos (audiências) destinados a ouvir testemunhas e informantes, e contraditá-los;
- c) a comissão processante deve emitir seu relatório, nele apresentando sua conclusão devidamente motivada e fundamentada no ordenamento jurídico, e no qual devem estar claras as suas ponderações e argumentos, de maneira que as partes possam saber o que levou os membros da comissão a adotar este ou aquele entendimento, possibilitando, dessa forma, não somente o controle, mas também o contraditório em eventual recurso administrativo.

Apresentadas a relevância, as principais finalidades e os desdobramentos do princípio do contraditório ao processo administrativo disciplinar, não há como se desconsiderar a sua estreita relação com o princípio da isonomia processual, também denominado o “princípio da paridade de armas”. Embora aqui abordado sob a óptica do contraditório, referido princípio possui extrema importância no direito processual contemporâneo.

A igualdade na relação processual é relevante para qualquer sistema de solução de conflitos, uma vez que a definição do devido processo legal e sua tutela pelo Estado não são, por si, suficientes para se alcançar a justiça das decisões; esses pressupostos só funcionarão como garantias de um processo justo se forem distribuídos igualmente no processo.

No Brasil, esse tema já era tratado por diversos processualistas antes mesmo da Constituição de 1988, sempre preponderando o entendimento de que a igualdade processual é

---

<sup>400</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.104.



um princípio fundamental do processo justo. Por essa concepção, as partes devem ser tratadas com igualdade na relação processual, proporcionando-lhes equivalentes probabilidades de sucesso na demanda.<sup>401</sup>

Ao analisar o princípio do contraditório como um elemento da teoria geral do processo, Cândido Rangel Dinamarco, já em 1981<sup>402</sup>, o relacionava com o princípio à igualdade das partes envolvidas no litígio, com equilíbrio e equivalência de oportunidades. Com a mesma compreensão, Ada Pellegrini Grinover também há muito tempo afirma que o fundamento lógico do contraditório é a defesa, e o fundamento constitucional das referidas garantias é o princípio da igualdade, compreendendo a igualdade processual, que, segundo a autora, mesmo antes da Constituição de 1988, devia ser observada em qualquer processo.<sup>403</sup>

Por sua vez, mesmo afirmando que a realização integral do princípio da igualdade, dentro e fora do processo, é uma utopia, José Carlos Barbosa Moreira ressalta que tal observação não significa que se possa deixar de lado a defesa desse ideal na relação jurídica, que, segundo ele, se desdobra nos requisitos de equivalentes riscos, oportunidades e tratamentos.<sup>404</sup>

No que se refere à igualdade de riscos, deve haver a divisão equânime do ônus da prova; quanto à igualdade de oportunidades, às partes devem ser asseguradas as mesmas condições para influir no desenvolvimento do processo administrativo; e, por fim, a igualdade no tratamento deve ser propiciada pelo órgão encarregado da condução do processo.

Em entendimento mais recente, Odete Medauar menciona que o processo administrativo precisa ser orientado pelo princípio do contraditório, que impõe o respeito à igualdade processual das partes, mesmo em face do Estado, e conclui, afirmando que, “se na fase que antecede a formação do ato um órgão da administração não se coloca no mesmo plano que o sujeito, no tocante a direitos, ônus, ações e reações, inexistente contraditório”.<sup>405</sup>

Especificamente nos processos administrativos disciplinares, a garantia de igualdade deve incidir no seu mais amplo sentido; a administração deve se apresentar desprovida de posição de superioridade, sob pena de implicar desvio na essencial isonomia que deve existir na relação

---

<sup>401</sup> GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual civil**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.57.

<sup>402</sup> DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n.19, p.36, 1981/82.

<sup>403</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n.19, p.14, dez./dez. 1981.

<sup>404</sup> MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La igualdad de las Partes en el Proceso Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989. p.68 e seguintes.

<sup>405</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.98-99.

processual. Dessa forma, a comissão processante deverá proporcionar idêntico tratamento à Administração e ao servidor público, de maneira a garantir a igualdade de tratamento.

O contraditório só é garantido no processo administrativo disciplinar, se houver a observância do princípio da igualdade, o que pressupõe a distribuição equânime dos ônus direitos, ações, reações e deveres entre a Administração e o servidor público. A igualdade processual, seja ela no processo judicial ou administrativo, trata-se de elemento essencial à observância do princípio do contraditório, que restaria frustrado, caso se estabelecesse, *a priori*, qualquer superioridade entre as partes. No processo administrativo, não há como se admitir a condição de superioridade da Administração, muito menos a atribuição de qualquer prerrogativa.

Nesse sentido, por também entender que o contraditório no processo administrativo só é respeitado por meio da observância do princípio da igualdade entre as partes, Elio Fazzalari adverte que “nenhuma presunção deve ser feita a favor do órgão público, que não seja expressamente estabelecida pela lei ou debatida em contraditório: isso também quando se trata de processos inquisitórios e portando jogos do ônus probandi”.<sup>406</sup>

Seguindo os desdobramentos do contraditório (e de seu corolário, igualdade), Juan Monteiro Aroca identifica o problema de desigualdade no processo administrativo, ressaltando a necessidade de se respeitar o princípio da isonomia processual como forma de assegurar a existência de um contraditório efetivo nesses processos.<sup>407</sup>

García de Enterría e Fernandez, com fundamento em sentença do Tribunal Constitucional espanhol, afirmam que não há como se reconhecer como válido o procedimento administrativo, se as partes não possuem igualdade de oportunidades em todos os momentos ou trâmites processuais, porque nesses casos inexistiria verdadeiro debate contraditório quanto aos fatos e aos direitos discutidos no processo. Com base nessa compreensão, os autores afirmam que as atas e os documentos administrativos possuem o valor de meras denúncias, “*por lo que para que adquieran auténtico valor probatorio han de ser ratificados en el curso del propio procedimiento previo en examen contradictorio*”.<sup>408</sup>

---

<sup>406</sup> FAZZALARI, Elio **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p.733.

<sup>407</sup> MONTERO AROCA, Juan. **Introduccion al Derecho Procesal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1979. p.243. O autor critica fortemente a Lei Espanhola de 8 de abril de 1967 que, fruto de um regime autoritário, oferece maiores faculdades à Fazenda, no processo fiscal, chegando a vincular o julgador ao conteúdo das petições apresentadas pelos fiscais (membros do “Ministerio Fiscal”).

<sup>408</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.347-348.

Leonardo Greco leciona que um dos aspectos fundamentais do princípio do contraditório é, precisamente, a igualdade concreta entre as partes envolvidas no litígio. O contraditório participativo só é observado quando as partes são tratadas com igualdade, de modo a desfrutar concretamente das mesmas oportunidades de sucesso final no processo. Também à luz do contraditório, o autor ressalta que essa necessidade de igualdade material é especialmente importante nos litígios envolvendo o Estado.<sup>409</sup>

Por último, ao lado dos princípios do contraditório e da isonomia, encontra-se o princípio da ampla defesa, como condição de garantia dos servidores públicos no processo administrativo disciplinar, do qual possa resultar a perda do cargo do servidor estável.

Consagrado pelo ordenamento jurídico (conforme se infere dos já citados artigo 5.º, LV, da Constituição, artigo 153 da Lei n.º 8.112/90 e artigo 2.º da Lei n.º 9.784/99), a necessidade de sua observância no processo administrativo disciplinar é inerente ao Estado Democrático de Direito.

Possuindo *status* de garantia constitucional, o direito de defesa, não somente nos processos judiciais, mas também nos processos administrativos disciplinares, deve ser respeitado da forma mais ampla possível, “não se admitindo qualquer interpretação restritiva, mesmo se assim estabelecerem as normas regulamentares internas da Administração”.<sup>410</sup>

Com base nessa garantia, de um lado, tem-se o dever do Estado de acionar (art. 5.º, XXXV); de outro, o direito do acusado de se defender. A ampla defesa ou o direito de defesa deve ser considerado da maneira mais ampla possível, sob pena de se incorrer em nulidade processual. Constitui princípio universal do Estado de Direito, que inadmita restrições aos direitos fundamentais do cidadão.

Rui Portanova coloca o princípio da ampla defesa, como desdobramento do princípio do acesso à justiça. “É o princípio da defesa plena, em que o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas: Embora o princípio da ampla defesa possa ser visto como uma consequência do contraditório possui características próprias”. Para além do direito de tomar conhecimento de todos os termos do processo, “a parte também tem o direito de alegar e provar o que alega e – a exemplo do direito de ação – tem o direito de não se defender”. Optando pela defesa, o faz com plena liberdade. “Ninguém pode obrigar o

---

<sup>409</sup> GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual civil**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.61.

<sup>410</sup> GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.10, p.16-17, out./dez. 1969. (tradução livre).

cidadão a responder às alegações da outra parte, mas também, nada, e, ninguém pode impedi-lo de se defender”.<sup>411</sup>

Importante ressaltar que a garantia da defesa não se reduz a um mero procedimento, um ritual, ou uma aparência formal de defesa, ou até mesmo a uma mera formalidade de citação; ela se concretiza na possibilidade de efetiva participação útil no processo. Isso sinaliza que, na prática, existe resistência à real observância da garantia, seja negligenciando o dever de citação e audiência, seja cumprindo as etapas formais exigidas, mas fazendo “ouvidos moucos” ao alegado e provado. “O direito de ser efetivamente ouvido é um direito transitivo que requer alguém que queira escutar para poder ser real e efetivo”.<sup>412</sup>

Para Odete Medauar, a Constituição brasileira de 1988 consagrou a ampla defesa e não a simples defesa, o que significa que o direito de rebater acusações, alegações, interpretações etc. não pode ser restrito. A expressão final do inciso LV – “com os meios e recursos a ela inerentes” – denota essa extensão, não admitindo interpretação restritiva. A garantia deve ser respeitada antes da tomada de decisão – isso tem relevância não só para se alcançar uma maior eficácia na defesa dos interessados, mas também para pôr ênfase maior nos controles preventivos.<sup>413</sup>

O fundamento da aplicação da ampla defesa aos processos administrativos disciplinares exerce dupla função: além da tutela das garantias dos interesses dos servidores públicos, se apresenta, também, como um critério de eficácia da atividade administrativa, pois é somente com o devido conhecimento dos fatos e dos elementos presentes nos casos em concreto que a comissão processante estará em melhores condições de agir no exercício de suas funções.

A ampla defesa, juntamente com o contraditório, deve ser compreendida como mais do que o direito de se defender com provas: é também o direito à paridade de armas no processo, com as devidas distribuições dos ônus dele decorrente. Dessa forma, evitando-se desequilíbrios injustificáveis, essas garantias concedem ao servidor, no processo administrativo disciplinar, o direito de só ser responsabilizado diante de um lastro probatório mínimo, possibilitando o controle da atividade processual exercida pelo órgão da Administração.

Não fosse isso, considerando que o direito à ampla defesa pressupõe a possibilidade que os acusados têm de se insurgirem contra as decisões estatais, deve ser assegurado ao

---

<sup>411</sup> PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999. p.125.

<sup>412</sup> GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Tomo II. p.ix-17. (tradução livre).

<sup>413</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.112.

servidor a possibilidade da interposição de recursos, para, no mínimo, uma instância recursal, até como forma de ampliar o exercício do contraditório.

Com efeito, o texto do art. 5.º, LV, da Constituição Federal, deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao interessado o direito de interposição de recursos. “As hipóteses de arbitrariedades e condutas abusivas por parte de maus administradores devem ser corrigidas pelos agentes superiores. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao próprio direito de defesa”.<sup>414</sup>

No que se refere aos desdobramentos da ampla defesa no processo administrativo disciplinar, é possível destacar que: a) a defesa, que compreende a oportunidade que o servidor tem de expressar suas razões, deve ser oportunizada antes da edição de qualquer ato decisório por parte da comissão processante; b) a comissão processante deve zelar para que o servidor seja assessorado, técnica e juridicamente (a exemplo do que ocorre nos processos, civil e penal), em especial naquelas situações complexas, e das quais possam resultar na perda do cargo público; c) a produção das provas deve ocorrer antes que a comissão emita seu relatório final decidindo sobre o mérito da questão; d) deve ser assegurado ao servidor o direito a uma decisão motivada e fundamentada no ordenamento jurídico, de maneira que se possa sobre ela exercer o controle, inclusive para efeito de insurreição recursal; e) deve ser assegurado o direito à interposição de recurso administrativo, dotado de efeito suspensivo, e que será julgado, por no mínimo, uma instância recursal administrativa (a exemplo do processo tributário e de trânsito); f) o servidor tem direito a obter toda e qualquer informação por parte da comissão, no que diz respeito ao andamento do processo, bem como ser notificado e cientificado; g) deve ser assegurado ao servidor o direito de solicitar a produção de provas, vê-las realizadas e consideradas para efeito das conclusões da comissão processante; e h) deve ser assegurado o duplo grau de jurisdição administrativa, estabelecendo-se as instâncias recursais, de maneira a ampliar as possibilidades de defesa do servidor público.

No Estado Democrático de Direito, o processo apresenta-se como condição fundamental para a concretização das garantias constitucionais dos servidores e, para tanto, tem o seu regular desenvolvimento vinculado às disposições da Constituição.

---

<sup>414</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.818.

Considerando a relevância do postulado do devido processo legal e seus consectários, incidentes sobre os processos administrativos disciplinares (artigo 5.º, incisos LIV e LV da CRFB/88), conclui-se que o exercício da competência disciplinar da Administração Pública está irremediavelmente condicionado à observância dos princípios do contraditório, da ampla defesa, e a todos os demais princípios que orientam a teoria processual.

Nesse contexto, o devido processo legal apresenta-se como postulado fundamental, no sentido de se garantir a existência de um processo administrativo previamente estabelecido, e, desenvolvido, nas condições estabelecidas pelo ordenamento jurídico. No que se refere à face substantiva, o devido processo legal tem por finalidade excluir, definitivamente, decisões administrativas ilegais e arbitrárias, em ofensa aos direitos fundamentais dos servidores públicos.

#### **b) Princípio do Juiz Natural**

O presente tópico tem por finalidade propor a compreensão da incidência do princípio do juiz natural, previsto no art. 5.º, incisos XXXVII e LIII, da Constituição Federal de 1988, no âmbito do processo administrativo disciplinar, como elemento capaz de atender aos desígnios do Estado Democrático de Direito.

Com base na doutrina, pretende-se analisar o conceito, a finalidade e a incidência do princípio do juiz natural na esfera do processo administrativo disciplinar, como condição de propiciar legitimidade dos atos, nesse âmbito editados pela Administração Pública, considerando que, nestas situações, ela jurisdiciona em causa própria.

Dessa forma, busca-se demonstrar, que somente com a presença de um órgão natural, imparcial, preexistente ao fato, será possível obter-se a plenitude das demais garantias constitucionais e, assim, assegurar o respeito aos Direitos Fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Por fim, procurar-se-á demonstrar, ante a garantia do princípio do juiz natural, as condições que devem ser observadas pela Administração Pública nos processos administrativos disciplinares, desde o instante em que se compõem as comissões processantes, e também após a instauração e o julgamento do processo, sob pena de sua nulidade.

Decorrente do princípio do devido processo legal e consequentemente do contraditório e da ampla defesa, o princípio do juiz natural encontra na Declaração de Direitos (*Bill of Rights*) de 1689 a sua previsão, a partir de quando se vedou a criação de comissões destinadas a substituir a pessoa do juiz. No entanto, segundo Ada Pellegrini Grinover, somente com a Lei de Organização Judiciária Francesa, de 1790, seguida pela Constituição de Francesa, de 1791,

é que o princípio do juiz natural realmente assume a dimensão atual, de proibição de juízes constituídos posteriormente ao fato, da vedação da instituição de juízes extraordinários e de juízos de exceção.<sup>415</sup>

No ordenamento jurídico brasileiro, já a partir da Constituição Imperial, a maioria das Constituições que se seguiram<sup>416</sup>, estabeleceu a proibição da instauração de foros privilegiados ou tribunais e juízes de exceção, até que, com a Constituição de 1988, a figura do juiz natural, previsto nos incisos XXXVII e LIII do artigo 5.º, assume a característica de garantia fundamental.

Em síntese, o princípio do juiz natural tem como finalidade garantir que nenhum indivíduo será processado e julgado por autoridade cuja competência não encontre fundamento constitucional. Esse fundamento apresenta um tríplice significado, distintos, embora correlatos, e que, nas palavras de Luigi Ferrajoli, são: “juiz pré-constituído pela lei e não concebido após o fato; impossibilidade de derrogação e indisponibilidade de competência; e, proibição de juízes extraordinários e especiais”.<sup>417</sup>

Trata-se de uma garantia do Estado Democrático de Direito e da imparcialidade do julgador, que se exterioriza em três vertentes: vedada a instalação de juízos ou tribunais *ad hoc*; julgamento por juiz competente pré-constituído em lei; e a imparcialidade do magistrado.

No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio do juiz natural emprega dupla finalidade: veda os tribunais de exceção e, também, a transferência da competência para outro tribunal. Nessas condições, a Constituição assegura aos indivíduos o direito de não serem julgados por órgãos estatais criados após a ocorrência do fato, além de impedir as delegações e avocações de competência, senão nas raras exceções previstas no seu próprio texto.

Com essas ponderações, já se faz possível observar a relevância do princípio do juiz natural para a teoria do processo, evidenciando a preocupação de o legislador constituinte inserir, na Constituição, garantias que representam a imparcialidade, a igualdade, objetividade do julgamento, o limite do Poder Público e, por consequência, o direito de cada cidadão de ser processado e julgado, acobertado pela justiça.

---

<sup>415</sup> GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992. p.5. Segundo a autora, a Lei de Organização Judiciária da França, de 1790, resultado da Revolução Francesa, estabelecia que: “A ordem constitucional das jurisdições não pode ser perturbada, nem os jurisdicionados subtraídos de seus juízes naturais, por meio de qualquer comissão, nem mediante outras atribuições ou avocações, salvo nos casos determinados por lei.”

<sup>416</sup> À exceção da Constituição de 1937, todas as demais Constituições tiveram previsão nesse sentido: Na Constituição Imperial, de 1824 (art. 149, II), na Constituição Republicana, de 1891 (art. 72), e nas Constituições de 1934 (art. 113), 1946 (art. 141), 1967 (art. 150), EC 1/69 (art. 153).

<sup>417</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p.472.

Tratando-se de garantia constitucional, deve fazer-se presente em toda atividade processual estatal, que deve ser conduzida por autoridade competente, que, desde a instauração até o julgamento final, deve manter-se equidistante dos interesses e das partes envolvidas, subordinando-se exclusivamente ao direito e zelando pela imparcialidade na solução dos conflitos.

Em estudo destinado ao processo administrativo disciplinar e comentando sobre o princípio do juiz natural na ordem constitucional brasileira, Romeu Felipe Bacellar Filho compreende que o princípio do juiz natural incorpora em si, diante de sua previsão constitucional, cinco sentidos:

a) Quanto ao plano da fonte, a Constituição institui a reserva absoluta da lei para fixação da competência de juízo. E mais: a lei deve concretizar a competência estabelecida pela Constituição. [...] b) Quanto ao plano da referência temporal, garante-se que ninguém pode ser processado ou julgado por órgãos instituídos após a ocorrência do fato. [...] c) Quanto ao plano da imparcialidade, o juiz natural é a autoridade imparcial. A imparcialidade substancia requisito subjetivo, ligada diretamente à pessoa do julgador. Imparcial é quem julga sem paixão, reto, justo e não sacrifica a verdade ou a justiça a conveniências particulares. [...] d) Quanto à abrangência funcional, o tema envolve questões de ordem subjetiva e objetiva. No primeiro aspecto, o princípio do juiz natural enquadra as autoridades abrangidas pelas regras inerentes à imparcialidade (aspecto subjetivo do princípio). No segundo os órgãos e agentes devem ter sua competência pretendida pela lei. [...] e) Quanto ao plano da ordem taxativa de competência, garante-se, entre os órgãos e agentes pré – constituídos, a exclusão de qualquer alternativa deferida à discricionariedade: as modificações de competência devem estar contidas também em lei anterior ao fato.<sup>418</sup>

Observa-se que o autor, na análise do princípio do juiz natural, destaca um aspecto subjetivo e outro objetivo; o primeiro diz respeito à imparcialidade e o segundo, à competência. No que diz respeito à imparcialidade, esta constitui pressuposto indispensável para obtenção da objetividade do julgamento, uma garantia às partes envolvidas de que o processo será conduzido e julgado por juízes imparciais e independentes, evitando assim o julgamento antes da decisão.

Em relação à competência, se faz necessário, segundo o autor, analisar o significado das expressões “juízo” ou “tribunal” de exceção (art. 5.º, XXXVII da CF), “processado” e “sentenciado” pela “autoridade competente” (art. 5.º, LIII da CF). À primeira vista, poder-se-ia interpretar restritivamente o princípio a partir da literalidade de seu título – juiz natural. Assim ter-se-ia que o princípio alcança em seu aspecto subjetivo (requisito da imparcialidade)

---

<sup>418</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.393-397.



somente o juiz da causa e no aspecto objetivo (predeterminação legal e racional da competência), os juízes e tribunais judiciários.<sup>419</sup>

Por tratar-se de garantia fundamental, o princípio do juiz natural vai além da função jurisdicional, estendendo a sua aplicabilidade, inclusive, aos processos administrativos conduzidos pela Administração Pública. Essa afirmação é possível quando se reconhece que a expressão “juízo” vai além do sentido de julgar, para abranger, também, toda e qualquer atividade de processamento exercida por órgão Estatal, quando investido na competência judicante.<sup>420</sup>

Outro não é o entendimento de Nelson Nery Júnior, para quem o princípio do juiz natural aplica-se, sem distinção, tanto no processo civil como no penal, e igualmente no processo administrativo, tendo como determinantes fundamentais a pré-constituição, na forma da lei, e a imparcialidade para realizar o julgamento.<sup>421</sup>

Aliás, não seria arriscado afirmar que a garantia do princípio do juiz natural nos processos administrativos assume um significado mais amplo do que nos processos judiciais, considerada a circunstância de que, nessas relações, a Administração Pública figura como ente acusador, interessado e julgador.

Nos processos administrativos disciplinares, cuja finalidade é a manutenção da disciplina e da ordem no serviço público, e a garantia dos servidores públicos ante a competência disciplinar da Administração Pública, o princípio do juiz natural tem como finalidade primordial garantir às partes envolvidas a imparcialidade e a independência do órgão responsável pelo processamento do feito.

Para tanto, a competência do órgão processante deve estar fixada e delimitada em lei preexistente à ocorrência do fato a ser apurado, processado e julgado; um pressuposto indispensável do princípio do juízo natural é a capacidade estabelecida antes do fato acontecido.

---

<sup>419</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.396-397.

<sup>420</sup> Outra não é a observação feita por Romeu Felipe Bacellar Filho: “[...] juízo, termo de sentido gramatical não unívoco, que tanto pode significar ato de julgar, julgamento; quanto o foro do tribunal onde se processam e julgam os pleitos, bem como a entidade judiciária constituída pelo juiz singular ou órgão colegiado e até os órgãos do poder executivo quando investidos de funções judicantes nos assuntos de sua pertinência. [...] Se apenas o juiz fosse o responsável pelo “processamento” não haveria sentido na utilização desta expressão. Bastaria a referência a “sentenciado”. Processamento significa, objetivamente, que a garantia estende-se a todas as fases do procedimento; subjetivamente, que abrange toda a autoridade a desempenhar funções de processamento, de participação no contraditório. Em conexão lógica, a Constituição refere-se à autoridade competente pelo processamento, indo além do juiz”. (Ibid., p.398).

<sup>421</sup> NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4.ed. São Paulo: RT, 1997. p.69.

Dessa afirmação decorre que é ilegal a nomeação de comissão processante após a ciência, por parte da Administração Pública, da irregularidade ocorrida no serviço público, sob pena de caracterizar a instituição de tribunal de exceção, vedado pelo art. 5.º, XXXVII, da Constituição Federal.

Importante destacar, também, que o princípio em comento abrange todos aqueles agentes públicos que possam estar relacionados ao processo, atingindo, desse modo, os órgãos encarregados, por lei, pela denúncia, condução, instrução e decisão. A não observância do princípio ensejará a nulidade de todo o processo administrativo disciplinar, pois a sua condução por agentes incompetentes violará as garantias asseguradas ao servidor público, pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, e do devido processo legal.

Portanto, configura-se afronta à Constituição a instalação e nomeação, mediante portaria, de órgão processante destinado a apurar anomalias ocorridas no serviço público, depois da ciência, por parte da Administração Pública, dos fatos a serem analisados. Assim, a comissão processante deve ser natural, ou seja, preexistente à ocorrência dos fatos, definida nos termos da lei, de forma genérica e abstrata.

Somente com a observância dos princípios constitucionais processuais, dentre os quais, o do juiz natural, é que o processo administrativo se torna um ambiente legítimo, capaz de garantir os interesses da Administração Pública e também o direito dos servidores públicos, de serem ouvidos, julgados com paridade e imparcialidade, por meio do devido processo legal.

### **c) Presunção de Inocência**

O ideal de justiça que envolve o constitucionalismo contemporâneo, direciona o entendimento no sentido de que nenhuma sanção poderia ser aplicada sem a apresentação prévia de defesa pelo interessado.

Nesse passo, a Constituição Federal de 1988 previu no seu art. 5.º, inciso LVII, que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Com base nesse dispositivo, a doutrina tem sustentado que se encontra positivado o princípio da presunção de inocência no ordenamento jurídico brasileiro.

Com amparo nessa circunstância, procura-se examinar a possibilidade de extensão da garantia constitucional da presunção de inocência (considerada como sinônimo de princípio da não culpabilidade), tal quanto previsto na Constituição Federal, aos acusados em processos administrativos disciplinares.

O primeiro registro que se tem da instituição do princípio da presunção de inocência, na dimensão que atualmente assume, remonta à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada pela Assembleia Nacional Francesa, em 2 de outubro de 1789. Esse documento, promulgado em plena Revolução Francesa, como uma exigência dos revolucionários burgueses na luta pela garantia de valores como a liberdade e a igualdade, trazia em seu artigo 9.º que “todo homem se presume inocente até ser declarado culpado e, se se julgar indispensável prendê-lo, todo o rigor não necessário à guarda da sua pessoa, deverá ser severamente reprimido pela Lei”.

Da forma como positivado o princípio observam-se duas dimensões significativas que até hoje se fazem presentes nas Constituições dos Estados democráticos<sup>422</sup>: a primeira constituía regra processual cujo conteúdo desobrigava o acusado do dever de produzir provas de sua inocência, considerando que essa é presumida *a priori*; e a segunda proibía o emprego de providências que atentassem contra a liberdade dos acusados antes da existência da condenação, no que a prisão somente poderia ocorrer de forma excepcional, nos estritos casos em que fosse considerada indispensável à guarda da pessoa do acusado.<sup>423</sup>

É importante ressaltar que, também no século XVIII, a Constituição dos Estados Unidos, em sua emenda de número cinco, já reconhecia como direito dos cidadãos americanos o *due process of law*, que, nos dizeres de José Joaquim Gomes Canotilho, significou também a garantia da presunção de inocência, pois, segundo o autor, a Suprema Corte daquele país, ao interpretar a garantia do devido processo legal, afirma que este pressupõe a presunção de inocência.<sup>424</sup>

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, iniciam-se os movimentos no sentido da positivação jurídica dos direitos fundamentais da pessoa humana, de forma a elevá-los à condição de referencial ético orientador da ordem constitucional contemporânea, voltado à proteção e à promoção da dignidade humana.<sup>425</sup> Emerge, nesse contexto, o Direito Internacional

---

<sup>422</sup> A garantia da presunção da inocência, além de integrar o acervo produzido pelo constitucionalismo contemporâneo, encontra-se positivada em inúmeras normas de Direito Internacional. Está prevista no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do cidadão; no artigo 14.2 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos de 1966; no artigo 6.2 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos; artigo 8.º, 2, da Convenção Americana dos Direitos Humanos. Todas essas previsões remetem à disciplina legal para pormenorizar referida garantia.

<sup>423</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.355.

<sup>424</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004. p.247.

<sup>425</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p.357.

dos Direitos humanos, por meio dos documentos da Organização das Nações Unidas, mormente a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e a Convenção Europeia sobre Direitos Humanos de 1950, nos quais as diversas nações se comprometem a respeitar os valores fundamentais da pessoa humana, entre eles, a garantia do reconhecimento da presunção de inocência.

Nesse mesmo período, embora a Constituição brasileira de 1946 não tivesse consagrado explicitamente o princípio da presunção de inocência, a doutrina já o aceitava como princípio orientador do processo, mediante a interpretação do artigo 144 da Constituição (“A especificação dos direitos e garantias expressas nesta Constituição não exclui outros direitos e garantias decorrentes do regime e dos princípios que ela adota”), em conjunto com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 (à qual aderiu o Brasil).<sup>426</sup>

Somente com a Constituição Federal de 1988 é que o princípio da presunção de inocência acabaria por contar com previsão expressa no ordenamento jurídico brasileiro, mediante a sua inclusão no rol de direitos e garantias fundamentais, especificamente no inciso LVII, do artigo 5.º da Constituição, que dispõe que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Contudo, e passados mais de 26 anos da promulgação da Constituição, a divergência doutrinária e jurisprudencial acerca da compreensão e extensão da referida garantia ainda se faz presente, e com mais acentuado vigor no que se refere à possibilidade de sua aplicação aos processos administrativos disciplinares.

A presunção de inocência trata-se de garantia plenamente vigente no processo sancionador. Embora o denominado *estado jurídico de inocência* diga respeito a dimensões materiais e processuais do poder punitivo estatal, sua maior aplicabilidade se dá no campo processual, no que se justifica a necessidade de sua análise sob o prisma do processo no âmbito da competência disciplinar da Administração Pública.

A tentativa de restringir o alcance do princípio da presunção de inocência ao processo administrativo se deve, em grande parte, à literalidade do dispositivo constitucional, que fala em “sentença penal condenatória”, pelo que não só a doutrina, como também a jurisprudência consagram-no especificamente em matéria penal, e, mesmo assim, com interpretações restritivas, a exemplo da recente decisão do Supremo Tribunal Federal, que, julgando o Habeas Corpus 126292,

---

<sup>426</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.365.

em fevereiro de 2016, e revendo entendimento anterior, entendeu, por maioria de seus votos, que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência.<sup>427</sup>

No entanto, com o respeito a posicionamentos diversos, à luz dos valores e dos princípios de justiça material consagrados na Constituição Federal de 1988, faz-se impossível a defesa de qualquer posicionamento restritivo do alcance da garantia da presunção de inocência no processo administrativo disciplinar, ou até mesmo fora dele; isso porque, não fosse a determinação contida no artigo 5.º, LVII da Constituição Federal, o Brasil aderiu e incorporou ao ordenamento jurídico nacional as disposições do Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana sobre Direitos Humanos), que em seu artigo 8.º, 2, expressamente se refere à presunção de inocência de forma ampla, bem como determina no seu artigo 5.º que aos acusados deve ser conferido, mesmo fora da esfera processual, tratamento como inocentes.<sup>428</sup>

Não fosse isso, essa concepção ampliada do alcance da presunção de inocência também encontra ressonância na própria Constituição Federal de 1988, que consagra a máxima efetividade das suas próprias garantias. Trata-se de uma garantia genérica da pessoa humana e, como tal, estendida aos acusados em geral, a partir do estatuto jurídico da liberdade<sup>429</sup> dirigido a todas aquelas pessoas que se encontram sob o regime do império de um Estado Democrático de Direito.

É com base nessas compreensões que se justifica a ideia de que o processo administrativo disciplinar dos servidores públicos deve conter as garantias mínimas que se fazem presentes no processo jurisdicional (o ônus do encargo probatório incumbe àquele que formula a acusação, ou a decisão em favor do acusado na hipótese de existência de dúvidas), como ocorre, em regra, no Direito Processo Penal e, em raríssimas ocasiões, no Direito Administrativo Sancionador, e no qual a Administração Pública é a principal titular da pretensão punitiva, estando despida das mesmas vestes de imparcialidade.

Na perspectiva das garantias constitucionais, sendo a Administração Pública interessada no processo administrativo disciplinar, deve nele atuar nas mesmas condições dos seus servidores, o que pressupõe a distribuição equânime de direitos, ações, reações e, especialmente, o ônus

---

<sup>427</sup> A decisão indica mudança no entendimento da Corte, que, desde 2009, no julgamento da HC 84078, condicionava a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressaltava a possibilidade de prisão preventiva. Até 2009, o STF entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância.

<sup>428</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.366.

<sup>429</sup> BACELLAR FILHO, loc. cit.

da prova de suas alegações, aceitando que, em caso de dúvida ou ausência de provas, o servidor jamais poderá ser responsabilizado.

Como antes afirmado, a igualdade processual, seja ela no processo judicial ou administrativo, trata-se de elemento essencial à observância do princípio do contraditório da ampla defesa<sup>430</sup>, que restaria frustrado se se estabelecesse, *a priori*, qualquer superioridade entre as partes.

É estreita a conexão do princípio da presunção de inocência com o contraditório e a ampla defesa; é somente com o reconhecimento da presunção de não culpabilidade do servidor que se faz possível a criação de um ambiente favorável em que, observada a equidade, lhe seja possibilitado o exercício da sua ampla defesa.

Nesse contexto, ao servidor devem ser garantidos meios aptos para impugnar tudo o que por alegado em seu desfavor. Portanto, o servidor acusado pode produzir provas e contraprovas com a finalidade de desconstituir as alegações e os indícios deduzidos pela Administração, e, assim, eliminar a credibilidade das provas apresentadas pelo acusador.<sup>431</sup>

A garantia constitucional da não culpabilidade assegura ao servidor público acusado em processo administrativo disciplinar, a condição de inocência até a decisão definitiva que o considere culpado. Atingida essa conclusão definitiva, a Administração poderá impor as sanções cabíveis; do contrário, se não existe uma decisão definitiva acerca da culpabilidade do servidor público, que ainda pode demonstrar a sua inocência, inclusive em recurso administrativo dirigido para outra instância recursal, não pode ser ele considerado culpado, mas somente acusado e, como tal, não pode estar sujeito aos efeitos da sanção disciplinar.

O princípio da presunção de inocência possui valor inquestionável quando considerada a sua conexão com o princípio da dignidade humana. A aplicação de sanções administrativas, a exemplo da demissão do serviço público, com toda a carga negativa que a acompanha, antes da conclusão definitiva da real culpabilidade do servidor – apurada em ambiente processual

---

<sup>430</sup> Na linha de compreensão da conexão entre o contraditório e a presunção de inocência, seja no processo judicial ou administrativo, destacam-se as conclusões de Alarcón Sotomayor, para quem *“la contradicción es una garantía probatoria esencial impuesta por la presunción de inocencia en cualquier procedimiento punitivo sea judicial o administrativo. No es que no exista en el procedimiento sancionador, sino que se hace efectiva de distinta manera. A nuestro entender, las pruebas que se practiquen en el procedimiento sancionador con garantía de contradicción también merecen el concepto técnico-jurídico de (prueba). Lo esencial para ello es que se posibilite la presencia y participación activa del imputado en su realización”*. (SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Cizur Menor (Navarra): Thomson – Civitas. 2007. p.369).

<sup>431</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.366.

no qual lhe sejam efetivamente assegurados o contraditório e a ampla defesa –, é medida que afronta a dignidade da pessoa humana.<sup>432</sup>

Demonstrada a plena conexão do princípio da presunção de inocência com os demais princípios constitucionais que configuram o sistema processual sancionatório, voltado à defesa das liberdades e da garantia da dignidade da pessoa humana, necessário se faz apresentar os seus significados no âmbito do processo, seja ele jurisdicional ou administrativo.

Segundo Romeu Felipe Bacellar, três significações fundamentais decorrem do princípio da presunção de inocência. Num primeiro momento, a concepção como princípio fundante de um modelo de processo sancionatório (criminal ou disciplinar), que emana um acervo de garantias ao imputado, com a finalidade de sua preservação de sua liberdade até a decisão definitiva, mediante a realização de um processo justo e que respeite as configurações legais. Tal manifestação impõe a todos aos agentes do Estado o dever de respeito e observância das garantias processuais do imputado (sentido negativo/função de defesa), bem como que sejam adotadas todas as providências (elaboração de lei, edição e atos) para ampliar tais garantias e assegurar, por meio da tutela estatal, o respeito à presunção de inocência em sua máxima efetividade (sentido positivo/função prestacional).<sup>433</sup>

O segundo significado, decorrente de uma interpretação expansiva do princípio em comento, seria, nos dizeres de Romeu Bacellar, “a estipulação de uma regra de tratamento do imputado como inocente, tanto no curso do processo (afastando-se eventuais restrições às liberdades e outros direitos do acusado), quanto fora dele (tornando-se imperioso o sigilo quanto à condição de imputado e a sua distinção em relação aos condenados)”. Isso significa que, para além da relação processual, deverá ser assegurado ao imputado um tratamento absolutamente cordial e respeitoso, independentemente do tipo penal ou da falta funcional investigada.<sup>434</sup>

Já o terceiro significado que se pode extrair do princípio em comento diz respeito à regra probatória ou de juízo, sobre a qual, tanto na doutrina como na jurisprudência,

---

<sup>432</sup> Na mesma linha de compreensão, são as afirmações de Rafael Munhoz de Mello, para quem “a garantia constitucional da presunção de inocência é inerente ao princípio da dignidade da pessoa humana. Com efeito, a aplicação de uma sanção retributiva, com toda carga negativa que a acompanha, antes da conclusão do processo correspondente é medida nitidamente ofensiva à dignidade da pessoa humana, já que ainda não há uma decisão definitiva acerca da culpabilidade do acusado, que pode ainda demonstrar sua inocência. Antes da conclusão do processo não há um culpado, mas sim um acusado, que não se deve sujeitar ao mal em que consiste a sanção retributiva”. (MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da CF/88. São Paulo: Malheiros, 2007. p.245).

<sup>433</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.369-370.

<sup>434</sup> BACELLAR FILHO, loc. cit.

praticamente existe um consenso. O dever de demonstrar a culpabilidade do imputado é da acusação, e não do imputado comprovar a sua inocência. Não havendo elementos de prova aptas e substanciais para formação de um convencimento seguro por parte do julgador, ou inexistindo estas, o imputado deve ser absolvido. “Trata-se, de um lado, da atribuição do *ônus probandi* à acusação e, de outro, da exigência de um juízo de certeza para que haja a condenação, sem o qual será inexorável a absolvição”.<sup>435</sup>

Já no que se refere aos desdobramentos do direito fundamental em estudo, no âmbito de processo administrativo disciplinar, podem eles assim ser resumidos:

- a) O ato de instauração do processo administrativo disciplinar não poderá conter qualquer opinião ou pré-julgamento em relação ao servidor; a autoridade deve limitar-se a descrever os fatos, de maneira imparcial, a tipificação e a sanção que será, em tese, aplicável;
- b) A fase de instrução deve compreender a apresentação dos argumentos, provas orais, documentais e técnicas, perícias, e outros elementos indispensáveis à prova das alegações, sempre observados o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa, e outros princípios;
- c) Na fase de julgamento do processo administrativo disciplinar, é da Administração o ônus de provar a efetiva ocorrência da falta funcional, e a autoria da conduta. Nessas condições, o servidor não é obrigado a comprovar a sua inocência, cabendo a ele, querendo, o direito, e não o dever de destruir a credibilidade das provas e dos argumentos contra si apresentados.<sup>436</sup>

Por fim, e ainda no que se refere aos desdobramentos do princípio em estudo ao processo administrativo disciplinar, é necessário ressaltar que, em razão da configuração constitucional da presunção de inocência, restou estabelecida uma reserva intransponível da jurisdição, quanto à declaração de culpa e aplicação das penas em caso de cometimento de ilícitos penais, assim como de cometimento de outros ilícitos, e para os quais a lei condiciona a aplicação da sanção ao enfrentamento de um julgamento realizado por órgão do Poder Judiciário, em razão da garantia do devido processo legal.

Com base nessas premissas, e considerada a garantia constitucional inserta no inciso LVII do artigo 5.º, enquanto não houver decisão administrativa definitiva, ou sentença

---

<sup>435</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.370.

<sup>436</sup> Ibid., p.377-378.



condenatória penal ou cível transitada em julgado, para aquelas situações em que a lei exige o julgamento por órgão do Poder Judiciário, o servidor público não poderá ser considerado culpado, não podendo a ele se atribuir, antecipadamente, tal condição, muito menos impor-lhe qualquer sanção.

#### **d) Tipicidade**

Como já afirmado, o processo administrativo disciplinar se constituiu no instrumento legal de observância obrigatória, por parte da Administração Pública, para o exercício da sua competência disciplinar, que engloba a apuração dos deveres e das proibições do servidor público no exercício de suas funções. Constatada a prática de uma conduta irregular por parte do servidor, ou omissão no cumprimento dos deveres legais, mesmo que em tese, e que guarde relação com o seu cargo, o processo administrativo deve ser instaurado.

É de se mencionar, no entanto, que a justa causa que respalda o início da investigação disciplinar não se limita à simples verificação da existência de indícios de autoria e de elementos que comprovem a materialidade; exige-se mais: a conduta do servidor público, considerada irregular, deve revestir-se de tipicidade e antijuridicidade. Assim, a acusação deve ser certa, objetiva, circunstanciada, e o fato imputado ao servidor público subsumido em um tipo legalmente previsto.

Embora parte da doutrina mantenha o entendimento de que o princípio da tipicidade é inaplicável ao processo disciplinar e de que existe discricionariedade ampla na aplicação da sanção disciplinar<sup>437</sup>, compartilha-se de corrente diversa, pois a partir da Constituição de 1988, os princípios da legalidade e da dignidade da pessoa humana passaram a condicionar a competência punitiva do Estado à existência de norma legal descritiva que reprima a conduta tida como ilícita. O constitucionalismo contemporâneo não se compatibiliza com a ideia de que a acusação no processo disciplinar pode ser ampla, discricionária e dissociada de um tipo legal.<sup>438</sup>

---

<sup>437</sup> Defendendo a atipicidade como regente do processo administrativo disciplinar, e também a discricionariedade da competência disciplinar, a ilustre professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro afirma que “[...] no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei, como ocorre com o abandono de cargo: A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como ‘falta grave’, ‘procedimento irregular’, ‘ineficiência do serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas no modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim deve ser levado em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. p.598).

<sup>438</sup> Outra não é a constatação de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem “A Constituição de 1988 não se compatibiliza com afirmações do tipo ‘no Direito Administrativo Disciplinar admite-se a atipicidade da infração e a ampla discricionariedade na aplicação da sanção, que é renunciável pela Administração,

O simples fato de ter o legislador constituinte dado maior atenção ao “crime”, estabelecendo no inciso XXXIX, do artigo 5.º, que “que não há crime sem lei anterior que o defina”, não significa que a tipicidade seja garantia exclusiva do Direito Penal. A Constituição não esgotou, e nem poderia, o tratamento do processo administrativo disciplinar, mas estabeleceu as condições mínimas de legalidade que o Estado deverá observar na condução dos processos que estão sob a sua responsabilidade.

Nessas condições, considerando que o sistema normativo é aberto<sup>439</sup> a regras, princípios e valores, suas portas estão permanentemente abertas para outras possibilidades hermenêuticas, nelas compreendida a ideia da tipicidade ou legalidade expressa para o Direito Administrativo Sancionador, embora não explicitamente previsto pela Constituição. Mesmo porque “o processo administrativo não é apenas o que está na lei (lida conforme a Constituição), mas também o que deveria estar e não está, por força da imposição constitucional”.<sup>440</sup>

A Constituição brasileira fixou no inciso LIV do artigo 5.º, que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, como também que “os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, conforme se vê da redação do artigo 5.º, § 2.º.

No fosse isso, estabeleceu um amplo rol de direitos e garantias fundamentais, a exemplo da segurança jurídica, legalidade, proporcionalidade, que, dotados de normatividade, acabam por refletir em todos os demais direitos, orientando a sua interpretação e aplicação, no que se inclui, evidentemente, a atividade sancionadora do Estado, seja ela judicial ou administrativa.

possibilidades inconcebíveis em Direito Penal’. Afinal, o princípio da reserva legal absoluta em matéria penal (5.º, XXXIX, da Constituição Federal) – *nullum crimen, nulla poena sine lege* – estende-se ao direito administrativo sancionador”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.178).

<sup>439</sup> Segundo Canotilho, “um sistema normativo considera-se em termos lógicos como um sistema aberto quando se não pressupõe que apenas o explicitamente prescrito é também admitido”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p.445).

<sup>440</sup> BACELLAR FILHO, op. cit., p.64. No mesmo sentido, ao analisar a ausência de qualquer menção no artigo 5.º XXXIX, CF/88, ao Direito Administrativo Sancionador, Fábio Medina Osório, assim se posiciona: “O silêncio até pode ser eloquente, mas em que sentido? Ora, pode refletir a ignorância de um momento histórico ou a abertura à atualização das normas constitucionais implícitas no momento histórico oportuno e pertinente. Penso que ambas as hipóteses estão corretas. É sabido que, à época da Constituinte, não havia maturidade política suficiente para entender o alcance, o potencial e o conjunto de limites inerentes ao Direito Administrativo Sancionador. De outro lado, é conhecida a técnica usada pelos Constituintes, por ocasião da construção de muitos dispositivos, deixando espaços ambíguos, para futuras negociações e resoluções das autoridades competentes. [...] daí a importância de reconhecer os espaços de movimentação legítima. Este é um deles”. (OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.264).

Dessa forma, o princípio da tipicidade das infrações administrativas encontra o seu fundamento direto e indireto nesse substancial conjunto de direitos fundamentais, e também, genericamente, no princípio da legalidade fundamentadora do Estado de Direito, qual seja, da garantia de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

Não bastassem tais condições, “a Administração está vinculada, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, a exigência da legalidade administrativa, no que pode implicar, em semelhante contexto, a necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibitivas e sancioná-las”.<sup>441</sup>

Com base nessas premissas e atento ao regime jurídico que informa o Direito Administrativo Sancionador, caracterizado não só pelos princípios constitucionais expressos no artigo 37, como também pelos princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, da culpabilidade, da proporcionalidade, da juridicidade, e da segurança jurídica, não há como se negar que a garantia constitucional, estabelecida no sentido de que as infrações administrativas sejam previamente tipificadas em normas sancionadoras, integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado, seja ela judicial ou administrativa.

A ausência da correta tipificação do comportamento proibitivo por parte da Administração Pública na legislação regente do funcionalismo público viola a segurança jurídica dos servidores públicos, que estarão expostos ao risco de proibições arbitrárias e aos caprichos do administrador, em verdadeira afronta aos seus direitos fundamentais.

Mas, para além da necessidade da tipificação das ações ou omissões, que constituem infrações administrativas, não há como se admitir, no Estado Democrático de Direito, que a competência disciplinar da Administração pública, para impor a sanção de demissão, possa ser legitimamente exercida com base em normas de textura aberta ou indeterminada, ou, ainda, em condutas de qualificação genérica ou subjetiva, que retratam poderes não delimitados, e que ameaçam os valores constitucionalmente assegurados.

Nesse sentido, a Lei n.º 8.112/90 foi pródiga em socorrer-se dessa técnica legislativa, para estabelecer, em seu artigo 132, algumas das condutas passíveis de aplicação da penalidade de demissão, como, por exemplo: “inassiduidade habitual” (inc. III); “improbidade administrativa” (inc. IV); “incontinência pública ou escandalosa na repartição” (inc. V).

---

<sup>441</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.264.

No entanto, fica a dúvida: Como qualificar incontinência pública? No que consiste a improbidade administrativa? Pode-se responder: em tudo ou em nada, porque a lei não estabelece parâmetros seguros de modo a viabilizar a aplicação de uma sanção tão grave como a demissão.

Em decorrência da garantia constitucional do devido processo legal, e da reserva legal, os tipos devem ser claros, suficientemente densos, dotados de um mínimo de previsibilidade quanto ao seu conteúdo. Não basta estruturar condutas proibitivas em normas intoleravelmente imprecisas e vagas, ainda que se possa admitir a utilização de termos jurídicos indeterminados.<sup>442</sup> A não observância dessas limitações acaba por deixar o servidor público em completa insegurança, como, por exemplo, quanto ao cometimento do ilícito denominado “improbidade administrativa”, dando ensejo a promoções sancionatórias que podem resvalar para motivações subjetivas.

É justamente em razão dessas circunstâncias que o alcance do tipo há de ser efetivamente suficiente para cobrir algum comportamento ilícito, de maneira a oportunizar aos servidores públicos uma “previsibilidade básica, que se repute razoável, e adequada às circunstâncias e peculiaridades da relação punitiva”.<sup>443</sup>

A Constituição de 1988 não se compatibiliza com a ideia de atipicidade e ampla discricionariedade na aplicação de sanções administrativas, pois o princípio da reserva legal aplicável em matéria penal é estendido ao Direito Administrativo Sancionador.

Em análise da jurisprudência constitucional espanhola, e ressaltando a aplicabilidade dos princípios constitucionais do direito penal no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar, Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón Fernández afirmam que:

[...] a) legalidade (exigência de que as condutas sancionáveis sejam previamente tipificadas pela lei formal e não por simples regulamento); b) injusto típico (imperativo de determinação prévia na lei das condutas, isto é, ações ou omissões, que constituem infrações administrativas, excluindo-se cláusulas abertas ou indeterminadas ou ainda as condutas de qualificação genérica ou subjetiva); c) *nulla poena sine culpa* (exclusão da responsabilidade objetiva, exigindo-se que qualquer sancionamento administrativo seja fundado quer em culpa quer em dolo); d) prescrição (limitação temporal da faculdade punitiva da Administração, de forma a pacificar as relações sociais e efetivar o valor segurança); e) prova verificada da realidade da conduta reprovável (afastamento das presunções desfavoráveis contra os administrados,

---

<sup>442</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.269.

<sup>443</sup> OSÓRIO, loc. cit.

princípio compreendido por aquele da presunção de inocência e pelo *due process of law*, a exigir um procedimento que assegure a possibilidade de ampla defesa, de contraditório e de produção probatória aos administrados.<sup>444</sup>

Embora as observações sejam direcionadas à realidade espanhola, elas refletem as condições do Estado Democrático de Direito. Assim, não há como se admitir que a competência estatal para impor sanções – tanto em matéria penal como administrativa – possa ser legitimamente exercida com base em normas de textura aberta ou indeterminada, ou, ainda, em condutas de qualificação genérica ou subjetiva, que retratam poderes não delimitados, e que ameaçam os valores constitucionalmente assegurados.

Nessas condições, não há como fomentar qualquer espécie de dúvida no sentido de que a correta tipificação de um ilícito assume função de grande relevância no âmbito do Direito Administrativo Sancionador, que mesmo representado por uma instância administrativa, acaba sendo responsável pela aplicação de sanções severas, a exemplo da demissão do serviço público, que, muitas vezes, possui o efeito de estabelecer um permanente dano psicológico, com reflexos financeiros, familiares e sociais, na vida do servidor público condenado disciplinarmente.

Como se demonstrou no presente tópico, a configuração constitucional do processo administrativo disciplinar, que resulta da conjugação das garantias estabelecidas no artigo 5.º, incisos LIV e LV, incide frontalmente no exercício da competência disciplinar, para vincular o legislador, o aplicador e o intérprete à Constituição, à observância do devido processo legal, como forma de assegurar ao servidor acusado todas as garantias legais e constitucionais a ele conferidas, por estar nessa condição, especialmente as garantias do juiz natural, da tipicidade, da presunção de inocência e da segurança jurídica.

Como resultado da vinculação do legislador e do administrador à Constituição Federal, não somente a legislação, mas também o exercício das competências disciplinares devem refletir, na realidade prática, as garantias constitucionais asseguradas aos servidores públicos.

Com base nessa premissa, os títulos IV e V, da Lei n.º 8.112/90, que regulam o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar, e que serão analisados no próximo capítulo, devem estar em harmonia com as garantias constitucionais asseguradas aos servidores públicos, nos incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição Federal, sob pena de serem declarados inconstitucionais, por meio dos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade das leis.

---

<sup>444</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.546.

## **5 O REGIME DISCIPLINAR E O PROCESSO ADMINISTRATIVO NA LEI N.º 8.112/90 – O CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO**

A Constituição Federal de 1988 consagrou um regime processual que disciplina a perda do cargo dos servidores públicos, garantindo no inciso II do artigo 41 que o servidor estável só perderá o cargo mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada a ampla defesa.

Ao mesmo tempo, a Constituição Federal, em seu artigo 5.º, LV condicionou o exercício da competência disciplinar da Administração Pública à observância do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, pois ninguém poderá ser privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (5.º LIV).

Como já demonstrado no capítulo anterior, a interpretação conjunta dos dispositivos constitucionais, permite afirmar que o processo administrativo disciplinar foi alçado ao *status* de garantia constitucional, cuja finalidade é a tutela de direitos, porquanto se apresenta como instrumento que permite a preservação e o reconhecimento dos direitos dos servidores públicos diante do exercício da competência disciplinar da Administração Pública. Nessas condições, as técnicas processuais passam a exercer a função de tutela da competência disciplinar da Administração e dos direitos e liberdades dos servidores públicos.

Estando o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar posicionados entre as garantias fundamentais da Constituição, tanto o legislador, ao instituir normas processuais de resolução dos conflitos, como o administrador, quando da aplicação dessas normas, estão vinculados à realização das garantias constitucionais.

Partindo desse pressuposto, e reconhecido que o processo administrativo apresenta-se como garantia do servidor estável perante o exercício da competência disciplinar, a Lei n.º 8.112/90, que regula o regime disciplinar, e o procedimento a ser observado pela Administração Pública para apuração das infrações administrativas, e aplicação das respectivas sanções devem estar em perfeita sintonia com as garantias constitucionais, sob pena de transformar o processo administrativo em instrumento de restrição dos direitos fundamentais.

Se a lei que regula o regime e o processo administrativo disciplinar não contém o que deveria conter, por imposição constitucional, deve ser declarada inconstitucional, por meio dos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade das leis.

Com base nessas observações, o presente capítulo tem por finalidade colocar a competência disciplinar da Administração Pública *cara a cara* com a Constituição Federal, de maneira a responder ao seguinte questionamento:

Os títulos IV e V, da Lei n.º 8.112/90, que regulam o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar, respectivamente, refletem as garantias constitucionais asseguradas aos servidores públicos nos incisos LIV e LV do artigo 5.º e, inciso II do artigo 41, todos da Constituição Federal?

Para responder a essas questões, optou-se em dividir o capítulo em quatro tópicos: nos três primeiros, o esforço da pesquisa se concentrará na análise dos principais características estruturais do processo administrativo disciplinar; no quarto e último tópico será analisado o regime disciplinar dos servidores públicos, no que se refere às condutas tipificadas como ilícitas a partir de conceitos genéricos, dando enfoque especial para a improbidade administrativa.

## 5.1 A CRIAÇÃO, ESTRUTURAÇÃO E FORMAÇÃO TÉCNICA DOS ÓRGÃOS PROCESSANTES

A Constituição Federal assegurou aos acusados em geral o devido processo legal, do qual decorre a garantia do juiz natural. Somente com a presença de um juiz natural, imparcial, e preexistente ao fato, será possível obter a plenitude das demais garantias constitucionais, dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

No que se refere ao órgão responsável pela condução do processo administrativo disciplinar, o artigo 149 da Lei n.º 8.112/90 dispõe que

o processo disciplinar será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis, designados pela autoridade competente, observado o disposto no § 3.º do art. 143, que indicará, dentre eles, o seu presidente, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Observa-se que, embora a competência para a apuração da infração já esteja definida em lei, a criação e a composição do órgão processante encarregado de instruir e apresentar o relatório final, somente se dão no momento em que é editado o ato administrativo (em regra Portaria), que determina a instauração do processo administrativo disciplinar; portanto, em momento posterior à ocorrência da irregularidade no serviço público.

Essa prática evidencia a violação da garantia do juiz natural, tanto no que se refere ao plano da referência temporal quanto ao plano da imparcialidade;<sup>445</sup> o primeiro manifesta-se na garantia de que o servidor não poderá ser processado ou julgado por órgão instituído após a ocorrência dos fatos, e tem por objetivo inibir as escolhas subjetivas do administrador, evitadas de parcialidade; o segundo, é requisito subjetivo dos membros da comissão julgadora a afirmação da independência da atividade do julgador, que não pode estar submetido aos intentos de subordinação hierárquica, nos casos que se lhes apresentam à apreciação.

Para assegurar tais garantias, o processo administrativo disciplinar a ser instaurado deve ser conduzido por comissão processante, devidamente composta e nomeada antes da constatação da irregularidade no serviço público. A validade do processo administrativo disciplinar está condicionada, portanto, ao julgamento realizado por “comissão processante permanente”, que ao concluir seus trabalhos, com a apresentação do relatório final, extingue a investigação, mas a sua composição e competência permanecem.

Apesar disso, a redação do artigo 149 da Lei n.º 8.112/90 possibilita a criação de comissões “especialmente” designadas para o processamento de “casos pontuais”, afetando, portanto, o *plano da imparcialidade* da garantia do juiz natural, cujo objetivo é coibir os interesses e as conveniências próprias que influenciem no processo, tais como a parcialidade, os resultados encomendados, dentre outras condutas que desvirtuem a produção de um processo objetivo, consagrado pela verdade e pela justiça.

O desrespeito à garantia do juiz natural no processo administrativo disciplinar implica a sua invalidade, desde o seu início. Nessas condições, mostra-se evidente a ofensa à Constituição, a instalação e nomeação, mediante portaria, de comissão processante destinada a apurar irregularidades ocorridas no serviço público após a ciência dos fatos, conforme previsto no artigo 149 da Lei n.º 8.112/90.

Isso porque a comissão processante deve ser natural, ou seja, preexistente aos fatos, definida nos termos da lei, de forma genérica e abstrata, e de caráter permanente.<sup>446</sup> Quando o administrador “escolhe” os membros após ter tido ciência dos fatos que constituem, em tese, irregularidade no serviço público, o processo torna-se um ambiente propício para a abertura

---

<sup>445</sup> Conforme o entendimento de Romeu Felipe Bacellar Filho, o princípio do juiz natural incorpora em si, diante de sua previsão na CRFB/88, cinco sentidos, a saber: quanto ao plano da fonte; quanto ao plano da referência temporal; quanto ao plano da imparcialidade; quanto ao plano da abrangência funcional; e, quanto ao plano da ordem taxativa de competência (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.393-397).

<sup>446</sup> MOREIRA, Egom Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.289-290.



de espaços aos vícios de pessoalidade, caracterizados por favorecimentos ou perseguições implacáveis aos servidores públicos.

Na concepção do direito como garantia, observa Luigi Ferrajoli, na teoria do garantismo penal, que a garantia do juiz natural assegura a imparcialidade na pré-constituição legal e imutabilidade da competência, bem como a igualdade pela proibição de juízes especiais e extraordinários, pois todos têm direito aos mesmos juízes e aos mesmos procedimentos.<sup>447</sup> A garantia aos direitos fundamentais é condição de existência e validade de qualquer ordenamento jurídico, abrangendo a universalidade dos indivíduos, não se admitindo qualquer distinção.

Essas condições assumem maior relevância ainda no âmbito dos processos administrativos disciplinares, em que o Poder Executivo, além de contar com a competência para a iniciativa de lei que dispõe sobre o regime jurídico dos seus servidores (art. 61 CF/88), aí incluído o regime disciplinar e o processo administrativo, também possui a competência para denunciar, processar e julgar o direito que ele mesmo propôs.

E é justamente na constatação de que não se faz possível obter a necessária imparcialidade estrutural dos sujeitos processuais, que reside outro entrave em matéria disciplinar, e que compromete a segurança jurídica dos servidores públicos, quando processados administrativamente. De fato, não há, no procedimento previsto na Lei n.º 8.112/90, a obrigatoriedade da existência da tríade de personagens, “*juditium est actus trium personarum: judicis, actoris et rei*”<sup>448</sup>, que, desde o direito romano, integram a relação jurídica processual.

No processo administrativo disciplinar, um dos sujeitos parciais da relação jurídica processual (Administração-acusadora-vítima) atua em nome e no interesse do sujeito imparcial da relação (Administração-julgadora) e vice-e-versa. Disso decorre que, na maioria das vezes, a cognição do sujeito imparcial é, desde o início, contaminada, pois o sujeito imparcial é o mesmo sujeito parcial que se pronuncia em momentos diversos do processo.

Não bastasse essa constatação, somem-se as relações de hierarquia, próprias da Administração Pública, que possibilitam com que os servidores nomeados, e, portanto, competentes para instruir e relatar o processo, o façam com o único propósito de cumprir o determinado na portaria de instauração do processo, que, em realidade, já encerra substancialmente uma decisão

---

<sup>447</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p.472.

<sup>448</sup> A existência de um processo depende de três pessoas: o juiz, o autor e o réu. Portanto, três pessoas são, por direito, necessárias em qualquer Juízo: O Juiz que julga, o autor que demanda, e o réu que se defende.

condenatória, que não é senão o juízo do sujeito imparcial (autoridade hierarquicamente superior), projetado no início da relação processual disciplinar.<sup>449</sup>

Verifica-se que a redação do artigo 149 da Lei n.º 8.112/90 gera manifesta confusão, pois impossibilita identificar quem é o acusador, quem é o julgador, e quais funções desempenharão. Essas circunstâncias impedem a incidência de uma mentalidade minimamente acusatória, que permita assegurar ao servidor público acusado a garantia do devido processo legal.

Não há como se admitir que aquele que acusa possa ser imparcial; faz-se necessário em qualquer relação jurídica processual separar “o joio do trigo”, ou seja, acusador e julgador; somente observada essa condição é que se faz possível reconhecer a legitimidade do órgão processante.

Ao tratar da processualização da atividade administrativa e sua relação com os direitos fundamentais, Helmut Görlich afirma que um procedimento administrativo correto não pressupõe somente o direito à apresentação de provas, participação em audiências, “mas talvez antes, à instauração gradual de um procedimento em que as autoridades administrativas encarregadas da audiência sejam diferentes das autoridades que planificam, decidem e que são as responsáveis pela decisão”.<sup>450</sup>

Cumpra esclarecer que não há, e nem poderia haver, qualquer pretensão de exigir a absoluta neutralidade do órgão julgador<sup>451</sup>, mas sim, de alertar que a Constituição Federal condiciona o exercício da competência disciplinar da Administração Pública às exigências democráticas, o que pressupõe assegurar aos servidores públicos acusados uma relação jurídico-processual marcada pela efetiva participação, em igualdade de condições, de maneira a assegurar legitimidade e a justiça das decisões estatais.

---

<sup>449</sup> Outra não é a observação feita por Maria Izabel Pohl Grechinski, “[...] apesar de passar pelo setor do órgão jurídico, após a elaboração do relatório final da Comissão Disciplinar e antes do julgamento da autoridade que determinou a instauração do processo, se constata que nem sempre o ‘direito’ é a grande preocupação do julgador, que imbuído do ‘componente político’ estabelece e aplica a sanção, mesmo que não esteja demonstrada e provada a prática do ilícito disciplinar, por parte do servidor público”. (GRECHINSKI, Maria Izabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e da necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP**, Rio de Janeiro, v.18, p.442-443, 2.º trimestre de 2005.).

<sup>450</sup> Apud SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003. p.390.

<sup>451</sup> Nesse aspecto, um dos maiores mitos da contemporaneidade é a “neutralidade” da jurisdição. Como bem observado por Calamandrei, “representa-se escolarmente a sentença como o produto de um puro jogo lógico, friamente realizado com base em conceitos abstratos, ligados por inexorável concatenação de premissas e consequências; mas, na realidade, no tabuleiro do juiz, as peças são homens vivos, que irradiam invisíveis forças magnéticas que encontram ressonâncias ou repulsões, ilógicas, mas humanas, nos sentimentos do judicante. Como se pode considerar fiel uma fundamentação que não reproduza os meandros subterrâneos dessas correntes sentimentais, a cuja influência mágica nenhum juiz, mesmo o mais severo, consegue escapar?” (CALAMANDREI, Piero. **Eles, os juízes, vistos por um advogado**. São Paulo: Martins Fontes, 1995. p.175-176).

O processo precisa ser visto e praticado como uma tarefa democrática inafastável, sendo que o contraditório, operado em simétrica paridade, assume função basilar.<sup>452</sup> Toda e qualquer decisão estatal deve ser edificada segundo as exigências do Estado Democrático de Direito, concretizando a prática da cidadania e assegurando a defesa de todos os Direitos Fundamentais.<sup>453</sup>

Não bastasse a violação da garantia do juiz natural, outra restrição ao devido processo legal que decorre do referido artigo diz respeito à questão da “insuficiência técnica das comissões processantes”.

Como já afirmado no capítulo anterior, em decorrência das garantias constitucionais estabelecidas nos incisos LIV e L V do artigo 5.º da Constituição Federal, o processo administrativo foi alçado ao *status* de garantia constitucional, e nessa condição se apresenta como instrumento de garantia dos direitos dos servidores públicos diante do exercício da competência disciplinar da Administração Pública, de maneira a evitar o arbítrio.

Dessa maneira, as técnicas processuais passaram a exercer a função de tutela dos direitos<sup>454</sup>, e, assim, os processos administrativos disciplinares somente poderão expressar justiça por meio de uma condução técnica, balizada pelos princípios processuais constitucionais.

No que se refere especificamente à condução dos processos administrativos disciplinares, o artigo 149 da Lei n.º 8.112/90 dispõe que o processo será conduzido por comissão composta de três servidores estáveis, que deverão ser ocupantes de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Observa-se da redação do texto legal que não se faz qualquer exigência no sentido de que os servidores que irão compor a comissão processante, devam possuir qualificação técnica

---

<sup>452</sup> FAZZALARI, Elio **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006. p.85-86.

<sup>453</sup> FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002. p.465.

<sup>454</sup> Quando se fala em tutela jurisdicional, necessariamente realizada por meio do processo (e não em tutela de direitos, expressão mais abrangente), não podemos ignorar a técnica processual como algo tão fundamental que chega a caracterizar (adjetivar), e a se confundir com a própria tutela, cuja prestação somente é viável por meio dos mecanismos processuais disponibilizados ao operador do direito. O processo não é um instrumento vazio destinado a realizar direitos materiais, mas sim uma organização de técnicas apropriadas para concretizar esses direitos. Cândido Rangel Dinamarco, ao definir “técnica processual”, expõe de forma clara essa interdependência entre o direito material e o processo, ao afirmar que a “técnica processual é a predisposição ordenada de meios destinados a obter certos resultados preestabelecidos. Toda técnica será cega e até perigosa se não houver a consciência dos objetivos a realizar, mas também seria estéril e de nada valeria a definição de objetivos sem a predisposição de meios técnicos capazes de promover sua realização”. (DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1. p.59.) Flávio Luiz Yarshell também defende esse posicionamento, ao afirmar que: “Para que isso não soe vago, é preciso lembrar que ‘tutela jurisdicional’ é locução apta a designar não apenas o resultado do processo, mas igualmente os meios predispostos para a obtenção desse resultado”. (YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998. p.189).

minimamente necessária para promover a condução do processo em observância às técnicas processuais inerentes ao devido processo legal.

Ocorre que os membros das comissões processantes são obrigados, nos termos da lei, a conduzir o processo com toda a complexidade que lhe é inerente, ou seja, inquirir e contraditar testemunhas, analisar provas periciais, cumprir prazos processuais, analisar a ocorrência de prazos prescricionais e decadenciais, interpretar dispositivos legais e, não bastasse, devem, ao final do processo, emitir relatório com a opinião e valoração acerca de vários elementos jurídicos produzidos ao longo do processo. Ou seja, atuam como se juízes fossem, sem, no entanto, possuírem conhecimento técnico jurídico, ou muitas vezes, formação do ensino médio.

Se as técnicas processuais exercem a função de tutela dos direitos, e a Constituição Federal condiciona o exercício das competências da Administração Pública à observância dos princípios da legalidade, finalidade, motivação, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica e eficiência, a Administração Pública encontra-se no dever de adequar seus procedimentos disciplinares às exigências do devido processo legal, o que pressupõe a profissionalização dos agentes encarregados de sua condução, em face da cláusula do devido processo legal.

Essa anomalia na formação das comissões processantes também é observada por Maria Izabel Pohl Grechinski, para quem:

[...] no sistema atualmente adotado no Brasil, verifica-se o cometimento de inúmeras ilegalidades, arbitrariedades e abusos, onde os problemas se iniciam, como dito alhures, na formação dos componentes de uma sempre frágil Comissão Disciplinar, destituída de especialistas com ‘saber jurídico/doutrinário’ que, portanto, promovem uma apuração/investigação na maioria das vezes inconstitucional, falha, incorreta, ineficaz, e pouco eficiente, de maneira precária e quase sempre destituída de rigor jurídico/doutrinário, apesar do recebimento de diárias pelos dias trabalhados, sendo que na maioria dos casos elas se arrastam por vários anos.<sup>455</sup>

Se no próprio processo judicial, conduzido por juízes que possuem formação jurídica, que contam com assessoramento técnico, não raras são as violações ao devido processo legal, o que dizer de um processo administrativo conduzido por leigos, que, mesmo sem qualquer formação técnica, muitas vezes devem opinar se determinada conduta do servidor acusado foi “escandalosa”, “improba”, “inassídua”, ou ainda, se pronunciar a respeito de prazos prescricionais, decadenciais etc.

---

<sup>455</sup> GRECHINSKI, Maria Izabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e da necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP**, Rio de Janeiro, v.18, p.443, 2.º trimestre de 2005.

Isso se agrava mais ainda quando se constata que ainda prevalece, no âmbito da Administração Pública, a ideia da legalidade estrita, vinculada ao formalismo, e, portanto, compreendida no sentido de que o agente só pode atuar em conformidade com o texto da lei, na Lei abstrata e geral (Estatuto), excluindo-se qualquer aspecto substancial que ultrapasse tal racionalidade formal.<sup>456</sup>

A insuficiência técnica das comissões processantes, e das autoridades disciplinares em geral, acaba por *reduzir a zero* a certeza do direito, visto sua incapacidade de abolir lacunas da lei, obscuridades e de interpretar a complexidade dos dispositivos legais.

Portanto, ao possibilitar a criação de comissões processantes “especialmente” designadas para o processamento de casos pontuais, criando condições para que o processo como procedimento em contraditório se transforme em mero mecanismo de “legitimação” de uma decisão anteriormente tomada, e também, ao não exigir a qualificação técnica dos membros que compõem a comissão, o artigo 149 da Lei n.º 8.112/90 viola frontalmente a cláusula do devido processo legal e os princípios do juiz natural e da segurança jurídica dele decorrentes.

## 5.2 OS MECANISMOS DE REVISÃO DAS DECISÕES DISCIPLINARES COMO CONDIÇÃO DE GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA

Como afirmado no capítulo anterior, à luz dos valores e dos princípios de justiça material consagrados na Constituição Federal de 1988, não há como se restringir o alcance da garantia da presunção de inocência contida no artigo 5.º, LVII da Constituição Federal, no processo administrativo disciplinar.

---

<sup>456</sup> Como bem observado por Leonel Pires, “devido ao fato de que legalidade sempre esteve ligada ao formalismo, consolidou-se a ideologia segundo a qual, ao menos sob o manto da aparência, os agentes públicos que se submetem à legalidade exercem suas funções administrativas com neutralidade política. Não fosse isso, os atos praticados são racionais na medida em que resultam de um processo dedutivo de realização abstrata da lei. Tal postura decorre da influência do pensamento exegético sobre o Direito Administrativo e a construção de instrumentos de controle adequados aos postulados jurídicos e políticos do Estado de Direito Liberal, isto é, exatidão, plenitude, coerência, generalidade e caráter atemporal da lei. Controlar o exercício da função administrativa, imerso em tais princípios epocais, é atividade preocupada basicamente com as correlações que podiam ser construídas a partir do texto da lei, levando em conta tão somente as características gerais e unívocas dos fatos”. (OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015).

Referida garantia consiste em pressuposto negativo, o qual refuta a incidência dos efeitos próprios de qualquer ato sancionador, administrativo ou judicial, antes do perfazimento ou conclusão do processo respectivo, com vistas à apuração profunda dos fatos levantados e à realização de juízo certo sobre a ocorrência e a autoria do ilícito imputado ao acusado. É corolário do postulado do devido processo legal, já que a aplicação de sanção e a privação de bens devem ser antecedidas do legítimo, regular e dialético processo, que, em regra, se encerra com a prolação de juízos definitivos.

Por manter estreita conexão com as garantias do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, o princípio da presunção de inocência exige que, somente com a conclusão definitiva, a Administração poderá impor as sanções cabíveis; do contrário, se não existe uma decisão definitiva acerca da culpabilidade do servidor público, que ainda pode demonstrar a sua inocência, inclusive em recurso administrativo dirigido para outra instância recursal, não pode ser ele considerado culpado, mas somente acusado, e, como tal, não pode estar sujeito aos efeitos da sanção disciplinar.

A ampla defesa pressupõe que ao servidor acusado seja garantido o direito de impugnar toda e qualquer alegação, ou decisão administrativa que seja contrária a seus interesses, em todas as fases do processo, ou seja, na instauração, na instrução e na decisória. Assim, durante todas essas fases, incide a garantia da presunção de inocência, como regra de tratamento do servidor.<sup>457</sup>

Na tentativa de assegurar a garantia da ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes, o legislador incluiu no texto da Lei n.º 8.112/90 o artigo 177, que prevê a possibilidade de revisão do processo administrativo disciplinar, ao dispor que “o processo disciplinar poderá ser revisto, a qualquer tempo, a pedido ou de ofício, quando se aduzirem fatos novos ou circunstâncias suscetíveis de justificar a inocência do punido ou a inadequação da penalidade aplicada”.

Nos termos do referido artigo, o requerimento de revisão do processo será dirigido ao Ministro de Estado ou autoridade equivalente, que, “se autorizar a revisão”, encaminhará o pedido ao dirigente do órgão ou entidade onde se originou o processo disciplinar. Por sua vez, o parágrafo único dispõe que “deferida à petição, a autoridade competente providenciará a constituição de comissão, na forma do art. 149”.

---

<sup>457</sup> Segundo Romeu Felipe Bacellar Filho, “no âmbito endoprocessual vislumbra-se a aplicabilidade da presunção de inocência na fase de instauração do processo administrativo, após a conclusão de eventual sindicância ou na ocorrência da verdade sabida [...], na fase instrutória [...] e na fase decisória”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.372).

No entanto, nas condições em que foram estabelecidas pelo legislador, as garantias constitucionais da ampla defesa e da presunção de inocência não foram devidamente asseguradas, violando a cláusula do devido processo legal, na sua face substancial.

No que diz respeito à garantia da ampla defesa, o legislador a assegura com uma mão e a restringe com a outra; ou em outras palavras, ao tempo em que possibilita ao servidor interpor pedido de revisão das decisões proferidas nos processos administrativos disciplinares, restringe a referida garantia, ao atribuir a competência para o julgamento do recurso à comissão processante, que será constituída na forma do artigo 149 da Lei, ou seja, mantidas as mesmas violações à Constituição, conforme apontado no item anterior (órgãos de exceção, imparcialidade, ausência de formação técnica, confusão estrutural).

Já no que se refere à presunção de inocência, a conduta legislativa não foi diferente, pois, embora o legislador tenha assegurado a possibilidade de interposição do pedido de revisão por parte do servidor, silenciou no que se refere aos efeitos em que o referido recurso é recebido. Ainda que essa omissão tenha sido suprida posteriormente, por meio da Lei n.º 9.784/99, o legislador acabou por restringir a garantia da presunção de inocência, ao dispor, no artigo 61, que os recursos administrativos, salvo disposição legal em contrário, não têm efeito suspensivo.

Nessas condições, mesmo com a interposição do pedido de revisão, e devolvido o conhecimento da matéria à outra comissão, a Administração Pública está livre para aplicar as sanções administrativas ao servidor público, pois o recurso não suspende a eficácia da decisão recorrida, na forma do que dispõe a legislação aplicável aos processos administrativos disciplinares.

A violação às garantias fundamentais da ampla defesa e da presunção de inocência é flagrante, e se revela na própria contradição do legislador. Ora, se o artigo 177 da Lei n.º 8.112/90, prevê a possibilidade de interposição do recurso de revisão, é porque reconhece que a decisão recorrida não é definitiva acerca da culpabilidade do servidor público, e que pode ela ser modificada em sede de recurso.

Tanto que o artigo 182 da Lei n.º 8.112/90 prevê que “julgada procedente a revisão, será declarada sem efeito a penalidade aplicada, restabelecendo-se todos os direitos do servidor”. E não poderia ser diferente, pois impossibilitar ou inviabilizar o recurso na via administrativa equivale a impedir que a própria Administração Pública cumpra o dever que lhe é imposto pelo artigo 53 da Lei n.º 9.784/99, que dispõe que “a Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade”.

Nenhum ato pode ficar imune ao necessário controle institucional. Nessas condições, o recurso administrativo, como forma de controle da atividade administrativa, é de interesse não só do servidor recorrente, que deseja ver alterado um ato administrativo que lhe é desfavorável, como da própria Administração que deve ter interesse em averiguar todas as razões trazidas pelo recorrente, impugnando a atuação administrativa.<sup>458</sup>

Portanto, não descartando a importância de se atribuir efeito suspensivo ao pedido de revisão da decisão, o fato é que, independente disso, toda decisão estatal sujeita a recurso não é definitiva, pois o conhecimento da matéria é devolvido a outro órgão; assim, enquanto não julgado o recurso, o servidor público não pode ser considerado culpado, mas somente acusado, e como tal não pode estar sujeito aos efeitos da sanção disciplinar, considerada a garantia constitucional da presunção de inocência.

A criação de conselhos de recursos administrativos, de composição permanente e formação técnica, com a competência para processamento e julgamento de recursos em matéria disciplinar, e a atribuição, na lei estatutária, de efeito suspensivo das decisões proferidas no exercício da competência disciplinar, além de ampliar as possibilidades de defesa dos servidores públicos, e expandir o contraditório, amenizaria significativamente a insegurança a que estão sujeitos quando acusados em processos administrativos disciplinares.<sup>459</sup>

---

<sup>458</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.818.

<sup>459</sup> Nesse sentido, a doutrina inclusive já vem defendendo a criação de uma justiça administrativa especializada, que seria competente para a instrução e julgamento dos processos administrativos disciplinares, destacando-se Mauro Roberto Gomes de Mattos, para quem: “Deve o processo administrativo disciplinar se submeter à especialização do julgador administrativo, admitido pelo salutar critério do concurso público de provas e títulos, e exame de saúde física e mental, para os candidatos que ostentem a condição de Bacharéis em Direito e que possuam prática forense, com prazo a ser fixado pela lei, como condição mínima para a participação no certame. [...] Essa especialização da justiça administrativa disciplinar, por meio de juízes ordinários, com competência administrativa, iria qualificar o Órgão julgador como independente e técnico, preocupado em fazer justiça e não em julgar em conformidade com interesses superiores ou políticos. Esse poder independente teria fundamento no próprio Estado Democrático de Direito instalado em nosso País, além de garantir a devida segurança jurídica ao servidor acusado, no sentido de que ele será investigado e julgado por um Órgão técnico e imparcial. (MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008. p.1.049). No mesmo sentido é o entendimento de Maria Izabel Pohl Grechinski, para que: Esta ideia de jurisdicionalizar o processo administrativo disciplinar seria a mais compatível com o Estado Democrático de Direito que vivemos e previsto constitucionalmente, tendo em conta que as decisões disciplinares sairiam do sistema fechado, que é puramente hierárquico para dar lugar à exteriorização do Direito, mediante julgamentos feitos por órgãos compostos de juízes com formação jurídica e com a independência necessária, visto que não sofreriam pressões externas, por possuírem a devida estabilidade que a função exige”. (GRECHINSKI, Maria Izabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e da necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP**, Rio de Janeiro, v.18, p.439-461, 2.º trimestre de 2005. p.451.



Aliás, essa prática já é adotada em matéria da competência tributária da União, com a criação do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais<sup>460</sup>, e também por Estados da Federação, destacando-se o Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro, este último existente antes mesmo da Constituição Federal de 1988.<sup>461</sup>

Embora não haja previsão expressa do duplo grau de jurisdição administrativa na Constituição Federal<sup>462</sup>, sequer para a jurisdição em si, isso não significa que não é possível a sua concreta previsão na legislação infraconstitucional, pois estando o legislador vinculado à Constituição, a concreta previsão da dupla instância administrativa na legislação infraconstitucional deve acomodar-se aos princípios constitucionais, “a cuja luz não fora demasia filiar-lhe a obrigatoriedade na amplitude que a Constituição da República confere e assegura também no processo administrativo, à defesa do litigante, “com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5.º, inc. LV).<sup>463</sup>

---

<sup>460</sup> O Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972, criou o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, estruturado em três Seções de Julgamento, especializadas por matéria, e compostas por quatro Câmaras, cada uma integrada por Turmas ordinárias e especiais. Cada turma ordinária ou especial é formada por seis conselheiros titulares, metade constituída de representantes da Fazenda Nacional, e outra metade por representantes dos contribuintes. Ainda na estrutura do CARF encontra-se a Câmara Superior de Recursos Fiscais, composta por três Turmas especializadas por matéria e pelo Pleno. Suas Turmas são competentes para o julgamento de recursos especiais, que voltam-se à uniformização da interpretação da lei tributária.

<sup>461</sup> O Decreto-Lei n.º 114, de 22 de maio de 1975, criou o Conselho de Recursos Administrativos dos Servidores do Estado do Rio de Janeiro (CRASE-RJ), que é composto de 12 (doze) membros, denominados Conselheiros, e 6 (seis) suplentes, nomeados pelo Governador, entre funcionários efetivos do Estado, com formação jurídica e conhecimentos de administração de pessoal, composto de duas Câmaras Recursais. Dentre as diversas competências, destaca-se a de processar e julgar os recursos administrativos interpostos pelos servidores públicos contra as decisões proferidas em processos administrativos disciplinares.

<sup>462</sup> Nelson Nery Junior entende não haver uma garantia absoluta ao duplo grau de jurisdição, embora reconheça a Constituição a existência de tribunais, conferindo-lhes competência recursal. (NERY JUNIOR. Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.342). Nesse mesmo sentido, Alexandre de Moraes afirma que: “A Constituição Federal dispõe sobre a existência de juízes e tribunais, bem como prevê a existência de alguns recursos (ordinários constitucionais, especial, extraordinário), porém não existe a obrigatoriedade do duplo grau de jurisdição. Dessa forma, há competências originárias em que não haverá o chamado duplo grau de jurisdição, por exemplo, nas ações de competência originária dos Tribunais”. (MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011. p.90-91).

<sup>463</sup> Trecho do voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Selpúveda Pertence, na ADI 1.922-MC. (Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 16 nov. 2015). Acrescente-se a esses argumentos, a lição de Ada Pellegrini Grinover, que defendendo o status constitucional do duplo grau de jurisdição, por meio de ratificação, pelo Brasil, da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), por meio do Decreto n.º 678/92, conjugando-se com o § 2.º do art. 5.º da CF com a previsão no art. 8.º, 2-h do Pacto (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo**. 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003. p.76). Também José Eduardo Soares de Melo, para quem: “Na medida em que a CF (art. 5.º, inciso LV) outorga aos litigantes em processo judicial ou administrativo, o direito à ampla defesa com os recursos a ela inerentes, está pressuposto a instância recursal para que as decisões singulares (normalmente mantendo as exigências tributárias), sejam revistas em caráter devolutivo e suspensivo. Tendo em vista que os julgadores singulares usualmente homologam as exigências tributárias, se faz necessária a previsão de recursos, para que os órgãos de segunda instância administrativa (normalmente de composição paritárias), possam reexaminar toda a matéria posta na lide”. (MELO, José Eduardo Soares de. **Processo tributário administrativo federal, estadual e municipal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006. p.88).

Ambiente para tal previsão existe no processo administrativo, pois não apenas a Constituição Federal (art. 5.º, LIV e LV e LVII), mas também a Lei n.º 9.784/99 são referenciais que prestigiam a dupla instância no âmbito do processo administrativo.<sup>464</sup>

O texto do art. 5.º, LV, da Constituição Federal, deixa claro que o princípio da ampla defesa não estará completo se não se garantir ao servidor acusado o direito de interposição de recurso. As hipóteses de equívocos, e até mesmo pessoalidade, e abuso de poder por parte do administrador, não podem ser descartadas; logo, deve ser assegurado ao servidor o direito de ver corrigido todo e qualquer ato administrativo que nessas condições foi editado pelo agente público. Cercear o recurso, portanto, é desnaturar indevidamente o fundamento pertinente ao direito da ampla defesa.

Nesse sentido, o duplo grau recursal na esfera Administrativa apresenta-se como uma garantia individual prevista implicitamente na Constituição Federal, voltada a assegurar que as decisões proferidas não sejam únicas, mas sim submetidas a um juízo de reavaliação por um órgão superior. “É a própria estrutura da Administração e do Judiciário na Constituição Federal, dividindo-os em órgãos hierarquizados, que possibilita ao interessado requerer a reapreciação dos atos administrativos por autoridade ou órgão superior”.<sup>465</sup>

Por fim, e ainda no que se refere aos desdobramentos do princípio da presunção de inocência no processo administrativo disciplinar, é necessário ressaltar que, em razão da sua configuração constitucional, restou estabelecida uma reserva intransponível da jurisdição, não somente quanto à declaração de culpa e aplicação das penas em caso de cometimento de ilícitos penais, mas também de outros ilícitos civis (em sentido amplo), e para os quais a lei condiciona a aplicação da sanção, ao enfrentamento de um julgamento realizado por órgão do Poder Judiciário, em razão da garantia do devido processo legal.

Nessas condições, a atividade jurisdicional do Estado é condição necessária para a condenação e aplicação de determinadas sanções aos acusados de ilícitos penais e civis, inadmitindo-se, de tal forma, que a Administração Pública possa aplicar determinadas sanções ao servidor público, antes do trânsito em julgado da decisão judicial.

---

<sup>464</sup> O artigo 57 da Lei n.º 9.784/99, dispõe que “O recurso administrativo tramitará no máximo por três instâncias administrativas, salvo disposição legal diversa”; por sua vez o artigo .

<sup>465</sup> CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007. p.818-819.

Em razão do tema central do presente trabalho, o esforço da pesquisa estará concentrado, a partir de agora, na análise da existência de duas instâncias – administrativa e cível – às quais se atribui a competência para julgar e aplicar a sanção de perda do cargo público, em caso de cometimento do ilícito administrativo “improbidade administrativa”; ou seja, nas situações em que o motivo necessário para a instauração do processo administrativo disciplinar corresponde exatamente ao tipo suscitado ou a ser suscitado na instância judicial civil.

Trata-se daquelas situações em que o servidor público tenha, em tese, incorrido em determinada conduta, cuja narrativa fática possa configurar ato de improbidade administrativa, tipificada, ao mesmo tempo, no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90 e artigos 9, 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92, e para as quais as legislações impõem a sanção de perda da função pública.

Dessa controvérsia, emerge a necessidade de analisar, diante da independência das instâncias civil e administrativa de que mencionam o artigo 125 da Lei n.º 8.112/90<sup>466</sup> e o artigo 12 da Lei n.º 8.429/92<sup>467</sup>, se é possível à Administração Pública aplicar a penalidade de demissão no processo administrativo disciplinar, antes do trânsito em julgado da sentença proferida em ação civil pública.

Num primeiro momento, uma interpretação apequenada e restritiva dos referidos dispositivos legais levaria ao raciocínio de que a Administração Pública poderia aplicar a sanção de demissão ao servidor público, independente do trânsito em julgado da decisão judicial, e que tal ato não violaria o princípio da presunção de inocência. Infelizmente, esse é o entendimento que a doutrina<sup>468</sup> e jurisprudência<sup>469</sup> têm adotado, e com o qual não se comunga.

---

<sup>466</sup> Art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

<sup>467</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato.

<sup>468</sup> Ver: FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p.21. Também em: FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p.272.

<sup>469</sup> O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança n.º 28.919/DF, Relator o Ministro Dias Toffoli, da 1.ª Turma do STF, em decisão publicada em 16 de dezembro de 2014, analisando a alegação do recorrente quanto à necessidade de sentença judicial para poder ser aplicada a penalidade de demissão em casos de improbidade administrativa na forma do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, assentou a “*unanimidade*” que “a jurisprudência desta Suprema Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação aos princípios da presunção de inocência e do devido processo legal pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos”, citando os seguintes precedentes: Acórdão MS n.º 22.899/SP; MS n.º 22.534/PR; RMS n.º 24.791/DF. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 16 out. 2015).

Segundo Romeu Felipe Bacellar, a presunção de inocência apresenta-se como um direito fundamental, cuja dimensão objetiva impõe o dever de interpretar todo o ordenamento jurídico à luz do seu conteúdo axiológico, e, assim, necessário se faz realizar uma interpretação conforme a Constituição.

Afirma o autor que a supremacia da Constituição sobre todas as normas e o seu caráter central na construção e validade do ordenamento em seu conjunto “obrigam interpretar este [...] no sentido que resulta dos princípios e regras constitucionais, tanto os gerais como os específicos da matéria que se tratar”, proibindo-se qualquer interpretação que conduza a um resultado direta ou indiretamente contraditório aos valores constitucionais.<sup>470</sup>

Com base nessa linha de compreensão, a correta interpretação dos artigos 125 do Estatuto do Servidor e artigo 12 da Lei de Improbidade deve ser feita em conformidade com a garantia constitucional da presunção de inocência.

No que se refere aos artigos 125 da Lei n.º 8.112/90 e 12 da Lei n.º 8.429/92, a independência das instâncias a que eles se referem, admite a possibilidade de cumular sanções de diferentes naturezas, sem se incidir em *bis in idem*. Nessa condição, uma coisa é certa: ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração, salvo se as sanções sejam de naturezas diversas. Portanto, a independência das instâncias se apresenta como garantia e não como instrumento de restrição aos direitos do servidor público.

Em conformidade com o artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, a única sanção cabível quando o motivo para a instauração do processo administrativo for improbidade administrativa (inciso IV do art. 132), é a demissão, ou seja, a perda do cargo; já no que se refere às sanções passíveis de serem aplicadas pela Lei de Improbidade Administrativa, estas são, de acordo com o parágrafo 4º do Artigo 37 da Constituição: além da perda do cargo, a suspensão dos direitos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário. Ou seja, as únicas sanções de natureza diversa, na hipótese de “improbidade administrativa”, são àquelas prevista na Lei de Improbidade e, portanto, somente passíveis de serem aplicadas pelo Poder Judiciário.

Já no que se refere à sanção que indica a perda da função pública, embora as duas instâncias possam concluir pela sua aplicação, a eficácia da decisão está condicionada, nos termos do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, ao trânsito em julgado da sentença judicial condenatória. Essa imposição segue o mesmo princípio quando a matéria versada

---

<sup>470</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.383. No texto separado por aspas, o autor faz citação a Eduardo García de Enterría (**La Constitución como norma y tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985).

trata de ilícito penal (art. 5.º, LVII), no qual necessariamente a Administração deverá aguardar o posicionamento definitivo do Poder Judiciário, para então promover a demissão do servidor público acusado.<sup>471</sup>

Não se está a afirmar que a Administração Pública não possa processar administrativamente o servidor e decretar a perda do cargo, mesmo porque é seu dever fazê-lo. O que se está a afirmar é que autoridade administrativa deve aguardar o posicionamento definitivo do Poder Judiciário em ação civil pública por ato de improbidade administrativa, para então promover a demissão do servidor acusado, que até então deverá ser considerado inocente.

Essa imposição não decorre de uma interpretação isolada do artigo 20 da Lei de Improbidade, mas da sua relação com os princípios constitucionais da presunção de inocência e da segurança jurídica, que lhe conferem suporte de legitimidade. Para melhor compreender e, até mesmo, interpretar o Direito Administrativo Sancionador, há que se partir de uma concepção de integridade e coerência, ou seja, da ideia de que o Direito é estruturado não somente por regras positivas isoladas, mas também por princípios que mantêm relação com as regras ao justificá-las, orientando todo o arsenal jurídico. Somente observada essa condição, é que se faz possível evitar qualquer interpretação que possa levar a um resultado que seja contraditório aos valores constitucionais.

### 5.3 AS CONDIÇÕES DO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA – A DEFESA TÉCNICA

Como insistentemente afirmado, a ampla defesa, que decorre do princípio do devido processo legal, apresenta-se como garantia constitucional que deve ser assegurada aos servidores públicos no processo administrativo disciplinar, haja vista a possibilidade de que as decisões neste âmbito proferidas possam surtir efeitos desfavoráveis na esfera de seus direitos.

Os “recursos” a que se refere o art. 5.º, LV, da Constituição Federal, devem ser entendidos como o dever do Estado em oportunizar mecanismos, formas e técnicas processuais, que permitam que a ampla defesa seja de fato e a contento exercitada. Não se está a referir o artigo a “recurso” em sentido técnico, como instrumento de revisão ou de controle das decisões

---

<sup>471</sup> Ver: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.380-383.

estatais, mas sim, no sentido de meios<sup>472</sup>, de técnicas, para o exercício de algum direito, como o da ampla defesa que agora é analisado.

Na forma como estabelecida na Constituição Federal, a ampla defesa, que guarda inegável entrelaçamento com o princípio do contraditório, está a evidenciar, apenas e tão somente que no modelo de Estado Democrático, como o brasileiro, não é suficiente a previsão formal de uma garantia processual; faz-se necessário oportunizar condições mínimas e suficientes para seu correto exercício, o que significa que não basta ao acusado se defender, mas também se faz necessário criar condições para que ele possa, de fato, exercer adequadamente a defesa.

Analisando o direito à ampla defesa, aplicado ao processo administrativo disciplinar, Odete Medauar entende que, quanto à pessoa que realiza as atuações dela decorrentes, ele se apresenta por meio de duas vertentes: defesa técnica e autodefesa.<sup>473</sup>

Compartilhando a ideia da autora, a autodefesa é a faculdade assegurada ao servidor público de pessoalmente praticar todos os atos e as providências que entenda necessários para a preservação de seus direitos e interesses, ou para se prevenir da aplicação de eventuais sanções.

A autodefesa envolve dois elementos, que são, nos dizeres de Romeu Felipe Bacellar Filho, o direito de presença e direito de audiência; o primeiro diz respeito à “faculdade de assistir pessoalmente, sem a intermediação de representante legal, a realização de provas e contraditórias, incluindo o direito de inquirir ou fazer inquirir testemunhas”; o segundo, em sentido estrito, consiste no “direito de pronunciar-se oralmente, dar explicações”, relatar fatos, ou dar explicações sobre dados que são expostos.<sup>474</sup>

Mesmo que as alegações escritas dos acusados e suas condutas sejam orientadas por profissional da advocacia, “predomina na atuação administrativa, a autodefesa”.<sup>475</sup>

Já a defesa técnica é aquela realizada pelo representante legal do servidor acusado, o profissional da advocacia; encontra sua justificativa na necessidade de igualdade entre os sujeitos da relação jurídica processual ou paridade das armas, como condição do legítimo contraditório; somente “o conhecimento técnico especializado do advogado auxilia a tomada de decisão

---

<sup>472</sup> Esses ‘recursos’ aos quais se refere o inciso LV do artigo 5.º da CF/88, são os mais variados, podendo se destacar a previsão do sistema de assistência jurídica integral e gratuita (art. 5.º, LXXIV CF/88), a Defensoria Pública (134 da CF/88) como meios legítimos para o exercício da ampla defesa.

<sup>473</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.112.

<sup>474</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.312.

<sup>475</sup> BACELLAR FILHO, loc. cit.

parametrada pela legalidade e justiça”.<sup>476</sup> É com o conhecimento do advogado que se torna possível a realização de uma defesa adequada, bem como se evita que o servidor acusado se deixe nortear por emoções de momento.

Segundo Odete Medauar, até a edição da Súmula n.º 5 do STF, editada em maio de 2008, nos processos administrativos disciplinares, que pudessem resultar em penas graves, se firmara a orientação jurisprudencial no sentido da necessidade da defesa técnica.<sup>477</sup> Conclui-se que, ao se utilizar da expressão “firmara”, a autora manifesta entendimento no sentido de que a partir da referida súmula não mais é obrigatória a defesa técnica nos processos administrativos dos servidores públicos.

Essa constatação se confirma quando a autora afirma que a exigência de defesa técnica em todos os processos administrativos implicaria a obrigatoriedade de defensoria dativa proporcionada pelo Poder Público a todos os sujeitos sem advogado próprio, o que, segundo ela, é inviável; e conclui afirmando que a exigência de defesa técnica somente pode ser exigida em processos cujos resultados possam repercutir com gravidade sobre os direitos e as atividades dos sujeitos, como, por exemplo, interdição de atividades, fechamento de estabelecimentos, cessação do exercício profissional.<sup>478</sup>

Com o respeito que se dispensa à autora, não bastasse a falta de apreço dos poderes públicos, certo preconceito, no sentido de que os bens e interesses dos seus servidores têm menor importância – como já se vem alertando deste o início deste trabalho –, some-se a concepção reducionista da doutrina em matéria disciplinar. Esse menosprezo aos servidores públicos acaba por refletir diretamente na prática do processo administrativo, no qual o administrador, valendo-se dessa compreensão, utiliza o sistema para perseguir, favorecer, enfim, para editar atos impessoais, arbitrários, contrários à Constituição, frustrando, por completo, as expectativas da segurança jurídica.

Essa concepção leva ao entendimento de que, nos processos administrativos, o direito à garantia do emprego e renda como condição de vida digna dos servidores públicos não merece o mesmo tratamento dispensado à garantia do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, apresentando-se, dessa forma, completamente desassociada dos valores constitucionais.

---

<sup>476</sup> MEDAUAR, Odete. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014. p.126.

<sup>477</sup> MEDAUAR, loc. cit.

<sup>478</sup> Ibid., p.126-127

Portanto, no que se refere à exigibilidade da defesa técnica nos processos administrativos disciplinares, a defesa técnica, independente da gravidade da sanção disciplinar, é indispensável à defesa em sua plenitude, considerada a interpretação do inciso LV do artigo 5.º da Constituição Federal. De fato, a simples possibilidade de que a sanção possa surtir efeitos indesejáveis na esfera jurídica do servidor, já é condição suficiente a exigir a ampliação dos instrumentos de defesa.

Ocorre que, muito embora o legislador tenha dado sinais de que privilegiaria a defesa técnica, ao assegurar no artigo 153 da Lei n.º 8.112/90 a ampla defesa, com os meios e recursos admitidos em direito, e no artigo 156, o direito do servidor público de acompanhar o processo pessoalmente ou por procurador<sup>479</sup>, sepultou de vez qualquer expectativa nesse sentido ao estabelecer, no artigo 164, que sendo o servidor declarado revel, a autoridade lhe designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.<sup>480</sup>

A defesa técnica ampla pressupõe conhecimentos e experiência do servidor, que nomeado irá realizar a defesa do servidor processado. A realização da defesa não se resume ao mérito, mas também às questões processuais, nas quais ao acusado é assegurado o direito de não se pronunciar, não produzir provas contra si, de requerer perícia, juntar documentos, de exigir a reformulação de perguntas incorretamente feitas pelos membros da Comissão, de contraditar testemunhas, de reperguntar, alegar a suspeição dos servidores que compõem a Comissão etc.

Suponha-se a seguinte situação: considerando que determinado servidor público, acusado em processo administrativo disciplinar, é ocupante do cargo de “servente” e, sem condições financeiras, não pode contratar um advogado: é possível admitir que possa ele, pessoalmente, exercer na plenitude a sua defesa? Ou ainda, declarado revel este mesmo servidor, é possível admitir, sem qualquer desmerecimento, que possa outro servidor, com escolaridade igual à do indiciado, promover uma defesa ampla, técnica, invocando questões de mérito e processuais, conforme preceitua o artigo 153 da Lei e o inciso LV, do artigo 5.º, da Constituição?

---

<sup>479</sup> Art. 156. É assegurado ao servidor o direito de acompanhar o processo pessoalmente ou por intermédio de procurador, arrolar e reinquirir testemunhas, produzir provas e contraprovas e formular quesitos, quando se tratar de prova pericial.

<sup>480</sup> Art. 164. Considerar-se-á revel o indiciado que, regularmente citado, não apresentar defesa no prazo legal.  
§ 1.º A revelia será declarada, por termo, nos autos do processo e devolverá o prazo para a defesa.  
§ 2.º Para defender o indiciado revel, a autoridade instauradora do processo designará um servidor como defensor dativo, que deverá ser ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter nível de escolaridade igual ou superior ao do indiciado.



A prática do processo administrativo disciplinar revela que não, pois a grande maioria dos servidores acusados, seja pela própria condição de estar respondendo a um processo administrativo, seja pelo baixo grau de instrução, e situação financeira precária em razão dos baixos vencimentos, não tem a mínima condição de apresentar uma defesa pautada em elementos técnicos e jurídicos, muito menos de contratar bons profissionais.

Somem-se a essas condições a insuficiência técnica das comissões processantes, a abertura dos tipos sancionadores e a ausência de condições que permitam assegurar a necessária imparcialidade, e ter-se-á o resultado: a formação de um ambiente propício a violação das garantias constitucionais.

A expressão “ampla defesa”, contida inciso II do artigo 41, e “os meios e recursos a ela inerentes” de que menciona o inciso LV do artigo 5.º, ambos da Constituição Federal, devem ser entendidos como o dever de o Estado oportunizar mecanismos, de formas e técnicas processuais, para que a ampla defesa seja exercitada a contento. Não se trata de *recursos* no sentido de mecanismo de revisão dos atos estatais, “mas, sim de ‘recursos’ no sentido de meios, de técnicas, para o exercício de algum direito, aqui, a ampla defesa”.<sup>481</sup>

Não há como se alimentar qualquer dúvida no sentido de que os princípios constitucionais do processo devem incidir nos casos concretos e, assim, ao teor dos artigos 153, 156 e 164 da Lei n.º 8.112/90, deve-se propor uma leitura constitucionalizada ou leitura conforme a Constituição. Todas as normas legais que de certa forma restrinjam a ampla defesa, devem ser lidas conforme a Constituição, possibilitando a máxima efetividade ao direito fundamental à ampla defesa.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, promulgada pelo Decreto do Presidente da República n.º 678, de 06 de

---

<sup>481</sup> BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1. p.113-114. Esses recursos, como bem observou Cassio Scarpinella Bueno: “são os mais variados. A previsão do sistema de assistência jurídica integral e gratuita, como se lê do art. 5.º, LXXIV, da Constituição Federal, e a existência de uma Defensoria Pública, como impõe o art. 134 da Constituição Federal, são bons exemplos da criação, pela própria Constituição Federal, de meios suficientes para o exercício da ampla defesa em cada caso concreto. [...] O tema, que guarda inegável entrelaçamento com o ‘princípio do contraditório’ na forma exposta pelo número anterior, quer evidenciar, apenas e tão-somente, que, em um modelo de Estado como o brasileiro, não é suficiente a previsão formal de uma garantia processual. É mister a criação de condições mínimas e suficientes para seu correto exercício. Assim, não basta se defender, mas também faz-se necessário criar condições de se exercer adequadamente esta defesa. No que tange também ao caráter meramente formal das garantias enunciadas pela Constituição, convém destacar que a ampla defesa não pode ser entendida como mera garantidora de formas abstratas e vazias de qualquer significado para o atingimento da finalidade da jurisdição”. (p.114).

novembro de 1992<sup>482</sup>, ao tratar das garantias judiciais no artigo 8.º-1, assegura a todos o direito de serem ouvidos, com as devidas garantias, não somente na esfera penal, mas, também, para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Já no item 2, a Convenção assegura a todos aqueles acusados de delito, a garantia mínima ao direito irrenunciável de ser assistido por um defensor, caso o acusado não se defenda ele próprio, ou, ainda, no caso de não nomear defensor dentro do prazo legal. Portanto, em se tratando de delito, o direito à defesa técnica é irrenunciável pelo acusado. De se mencionar também que a Convenção assegura esse direito a todo e qualquer acusado de delito e não apenas aos considerados hipossuficientes.

Não obstante a Convenção utilizar-se da expressão “delito”, o fato é que as garantias constitucionais (art. 5.º LIV e LV) não são de aplicação restrita, especialmente quando se está diante de processos que envolvem litígios e acusados; elas “não se aplicam apenas ao réu no processo-crime”. Como garantia constitucional, seu conteúdo é o mais amplo possível, e, nessa condição, “assegura-se a amplitude da defesa, que convive com meios sumários de apuração das infrações. Observe-se que a garantia administrativa é tão ampla quanto a jurisdicional”.<sup>483</sup>

Portanto, considerando que a tutela jurídica do direito à defesa é dever do Estado, indiferente da função que esteja desempenhando, qual a razão de não se estender essa garantia também aos servidores públicos envolvidos em processos disciplinares, diante da possibilidade de aplicação de sanção? Afinal, o servidor processado também é acusado, e o inciso LV, do artigo 5.º da Constituição Federal garante o contraditório e a ampla defesa aos acusados em geral.

É de se ressaltar, ainda, que algumas sanções disciplinares, como a demissão e a cassação de aposentadoria, são extremamente graves e atingem a dignidade do servidor público, que, em muitas situações, não terá como prover as suas necessidades básicas, e também às de sua família, ficando, nessas condições, privado de seus bens.

---

<sup>482</sup> Artigo 8.º - 1 - Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. 2 - Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas: (...) e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei.

<sup>483</sup> OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p.129.

Com base em todas essas observações, é que se reafirma a importância de se assegurar todas as garantias decorrentes do devido processo legal ao servidor que está sendo processado administrativamente, dentre as quais se destaca a indispensável defesa técnica, a ser feita por profissional da advocacia, e não por quem não é advogado.<sup>484</sup> Somente observada essa condição é que se faz possível assegurar o equilíbrio na relação processual entre Administração Pública e o servidor que está sendo processado.

Atento a essas condições, no ano de 2007, o Superior Tribunal de Justiça, por entender que a defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares é indispensável, sumulou esse entendimento nos seguintes termos: “Súmula n.º 343. É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar”.

Destaca-se dentre os precedentes que originaram a edição do verbete sumular, o debate realizado no Mandado de Segurança n.º 10837/DF, julgado em 28 de junho de 2006, da relatoria da Ministra Laurita Vaz. Colhe-se do voto vencedor, argumentação que merece destaque:

[...] O princípio da ampla defesa no processo administrativo disciplinar se materializa, nesse particular, não apenas com a oportunização ao acusado de fazer-se representar por advogado legalmente constituído desde a instauração do processo, mas com a efetiva constituição de defensor durante todo o seu desenvolvimento, garantia que não foi devidamente observada pela Autoridade Impetrada, a evidenciar a existência de direito líquido e certo a ser amparado pela via mandamental. Dessa forma, por imperativo constitucional, à luz dos precedentes desta Corte de Justiça, com a qual não se compatibiliza a auto-defesa, em se cuidando de acusado sem habilitação científica em Direito, não há como deixar de reconhecer a nulidade ora pleiteada.<sup>485</sup>

No entanto, um ano após a edição do verbete sumular em questão, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o recurso extraordinário n.º 434059-3/DF manifestou entendimento negando a ocorrência de cerceamento de defesa, e de violação constitucional nos processos administrativos disciplinares em que a defesa técnica não tenha sido realizada por advogado, e, ao mesmo tempo, aprovou o enunciado da súmula vinculante n.º 5, com a seguinte redação: “A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição”.

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal fez desmoronar a sólida construção doutrinária até então existente em matéria de garantias do processo administrativo disciplinar,

---

<sup>484</sup> Reconhecer que a defesa técnica possa ser feita por quem não é profissional da advocacia, significa fomentar o exercício ilegal da advocacia, vedado pelo inciso XIII do artigo 5.º da Constituição Federal, que dispõe que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Não há como se desconsiderar, ainda, que o advogado é, nos termos do artigo 133 da Constituição Federal, indispensável à administração da justiça.

<sup>485</sup> Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon>>. Acesso em: 17 dez. 2015.

concedendo um salvo conduto à Administração Pública para a prática de atos desvinculados da Constituição, e em ofensa à garantia constitucional de os servidores públicos serem defendidos por advogados nos processos disciplinares, que recentemente havia sido consolidada com a edição da súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, embora editada pelo Supremo Tribunal Federal, e de aplicação obrigatória por parte dos demais órgãos do Poder Judiciário e pela Administração Pública, isso não significa que o referido verbete não possa ser revisto e até mesmo cancelado.<sup>486</sup>

Razões para tanto existem; a primeira diz respeito a questões formais, caracterizada pela inobservância da exigência constitucional de reiteradas decisões sobre matéria constitucional (103-A CF/88); a segunda, de ordem material, está no fato de que o Supremo Tribunal Federal desgarrou-se da sua função de guardião da Constituição Federal, ao dar interpretação restritiva ao artigo 5.º LV da Constituição Federal, minimizando direitos e garantias individuais fundamentais para atender interesses econômicos e políticos do Estado.

Um dos requisitos para que o Supremo Tribunal Federal possa editar súmulas com efeito vinculante diz respeito à necessidade de haver reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o que não foi observado pelos Ministros quando da edição do verbete sumular vinculante. De fato, os precedentes invocados para dar sustentação à aprovação da Súmula Vinculante n.º 5 não tratam, propriamente, da garantia da defesa técnica por advogado em processos administrativos disciplinares. O Mandado de Segurança n.º 24.961/DF refere-se à tomada de contas<sup>487</sup> e, portanto, não constitui processo administrativo disciplinar; por sua vez, o agravo

---

<sup>486</sup> Quanto à Súmula Vinculante n.º 5, já existe proposta de cancelamento requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, protocolada no Supremo Tribunal Federal em 13.08.2008, autuada como PET/4285, e reautuada como proposta de súmula vinculante (PSV 58) em 21.03.2011, ainda pendente de julgamento.

<sup>487</sup> EMENTA: CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL: CONCEITO. DIREITO DE DEFESA: PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. I. - A Tomada de Contas Especial não constitui procedimento administrativo disciplinar. Ela tem por escopo a defesa da coisa pública. Busca a Corte de Contas, com tal medida, o ressarcimento pela lesão causada ao Erário. A Tomada de Contas é procedimento administrativo, certo que a extensão da garantia do contraditório (C.F., art. 5.º, LV) aos procedimentos administrativos não exige a adoção da normatividade própria do processo judicial, em que é indispensável a atuação do advogado: AI 207.197-AgR/PR, Ministro Octavio Gallotti, “DJ” de 05.6.98; RE 244.027-AgR/SP, Ministra Ellen Gracie, “DJ” de 28.6.2002. II. - Desnecessidade de intimação pessoal para a sessão de julgamento, intimados os interessados pela publicação no órgão oficial. Aplicação subsidiária do disposto no art. 236, CPC. Ademais, a publicidade dos atos administrativos dá-se mediante a sua veiculação no órgão oficial. III. - Mandado de Segurança indeferido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24961**. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Julgamento: 24/11/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p.96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p.217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 17 dez. 2015).

de instrumento n.º 207.197/PR diz respeito a contencioso administrativo fiscal<sup>488</sup>; e, por fim, o agravo regimental n.º 244.027/SP trata de aplicação da penalidade de desligamento do curso de formação de oficiais da Polícia Militar.<sup>489</sup>

A Súmula Vinculante n.º 5 refere-se, especificamente, a processo administrativo disciplinar e defesa técnica por advogado. Levando-se em consideração que o artigo 103-A da Constituição Federal condiciona a edição de súmula à existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional, o que significa várias decisões (e não uma só) no mesmo sentido em processos administrativos disciplinares, não resta dúvida de que o Supremo Tribunal Federal violou o referido artigo, pois não havia, no instante da aprovação do verbete sumular, decisões reiteradas no sentido de que é dispensável a defesa técnica por advogado nos processos administrativos disciplinares.<sup>490</sup>

Percebe-se, pois, que o Supremo Tribunal Federal afrontou o artigo 103-A da Constituição Federal, ao não observar um dos requisitos para edição de verbete vinculante, ou seja, a existência de reiteradas decisões sobre matéria constitucional.

Já no que se refere ao aspecto material, frágeis são os argumentos utilizados pelos Ministros para editar o acórdão que ensejou a edição da Súmula Vinculante n.º 5. Devido ao reduzido espaço deste trabalho, e aos objetivos por ele propostos, optou-se por destacar

---

<sup>488</sup> EMENTA:- A extensão da garantia constitucional do contraditório (art. 5.º, LV) aos procedimentos administrativos não tem o significado de subordinar a estes toda a normatividade referente aos feitos judiciais, onde é indispensável a atuação do advogado. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 207197 AgR**. Relator(a): Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 24/03/1998. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 05/06/1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 17 dez. 2015).

<sup>489</sup> EMENTA: Agravo regimental a que se nega provimento, porquanto não trouxe o agravante argumentos suficientes a infirmar os precedentes citados na decisão impugnada, no sentido de que, uma vez dada a oportunidade ao agravante de se defender, inclusive de oferecer pedido de reconsideração, descabe falar em ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório no fato de se considerar dispensável, no processo administrativo, a presença de advogado, cuja atuação, no âmbito judicial, é obrigatória. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 244027 AgR**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 28/05/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 28/06/2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 17 dez. 2015).

<sup>490</sup> Nesse sentido, Stênio Ribeiro de Oliveira e Allan Alexandre Mendes Gonçalves (2010, p.46) comentam que a falta de precedentes sobre a matéria específica – processos administrativos disciplinares – não autorizaria a formulação da súmula vinculante em estudo. A edição da referida súmula com tamanha urgência não pode ser justificada, pois da análise dos precedentes da Súmula Vinculante n.º 5, realizada nos subitens anteriores, constata-se que apenas um deles refere-se a procedimentos disciplinares, dos quais se pode auferir sobre a defesa técnica no Processo Disciplinar. (OLIVEIRA, Stênio Ribeiro de; GONÇALVES, Allan Alexandre Mendes. Súmula Vinculante n.5: a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a constituição. **Revista de Direito União Pioneira de Integração Social – UPIS**, Brasília, n.8, p.25-54, 2010).

somente três dos diversos argumentos contidos no acórdão<sup>491</sup>, suficientes a demonstrar a ofensa que a desditosa Súmula promoveu na ordem constitucional.

a) Consta do voto da Ministra Carmem Lúcia motivação que merece destaque, nos dizeres da Ministra:

a doutrina tem entendido que só em dois casos o servidor poderia falar: quando alega e comprova que a questão é complexa, exige certo conhecimento que escapa ao que lhe foi imputado, vindo a manifestar-se como inapto para exercer a autodefesa; e nos casos especificados, em que essa facultatividade não seria bastante para não se ter mais do que um simulacro de defesa.<sup>492</sup>

O próprio voto revela a contradição, pois todos os processos administrativos dos quais possam resultar a penalidade de demissão ou cassação de aposentaria são considerados complexos e, portanto, necessário se faz um acompanhamento técnico. A complexidade dessas causas se revela mais ainda, quando a tipificação da conduta proibitiva contém expressões que apresentam elevado grau de fluidez, a exemplo de “incontinência pública”, “conduta escandalosa” “improbidade”, constantes do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Tanto é verdade que, no que se refere à complexidade da matéria, a Lei n.º 10.259, de 12 de julho de 2001, que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, excluiu da competência do Juizado Especial Cível, em razão da complexidade, as causas que envolvam as ações de improbidade administrativa, e as que tenham por objeto a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicada a militares (art. 3.º, § 1.º, incisos I e IV).<sup>493</sup> Nessa condição, o processo seguirá o rito ordinário, na Justiça Federal comum, e, caso o servidor não tenha condições financeiras para contratar advogado, lhe será obrigatoriamente nomeado defensor dativo; se declarado revel, deverá ser nomeado curador especial, pois se trata de imperativo de ordem pública.

---

<sup>491</sup> Nesse sentido, remete-se à pontual e exaustiva contradita feita por Romeu Felipe Bacellar Filho, aos diversos argumentos utilizados pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal, para editar a referida súmula vinculante, cujos argumentos foram utilizados pelo autor, na condição de advogado, para fundamentar a proposta de cancelamento requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.317-346).

<sup>492</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059-3/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

<sup>493</sup> O mesmo critério foi estabelecido na Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009, que criou os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, art. 2.º, § 1.º, incisos I e III.

Portanto, qual a razão para restringir essas garantias nos processos administrativos disciplinares? Como exigir do servidor público que não tem conhecimento técnico em matéria de direito, possa, pessoalmente, ou na condição de defensor do servidor revel, saber o que é uma questão complexa? Como saber se existe a necessidade de requerer a produção de prova oral, pericial, e quais as consequências de não realizar tais atos no momento processual oportuno (preclusão)? Ou ainda, como exigir que o servidor possa se defender da imputação de “improbidade administrativa”, se o próprio Estatuto Federal não dispõe de qualquer padrão normativo que possa caracterizar tal conduta?

Só quem efetivamente conhece o processo em sua complexidade – prescrição, juiz natural, devido processo legal, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa –, o advogado, haverá de desempenhar um trabalho que homenageie os direitos fundamentais.

Não há dúvida de que o entendimento da Ministra Carmen Lúcia revela a violação ao princípio da igualdade de todos perante a lei, pois ao mesmo tempo em que afirma ser dispensável a defesa técnica por advogado em todos os processos administrativos disciplinares (art. 156 da Lei n.º 8.112/90), reconhece implicitamente, para o mesmo fato, que se o processo corre judicialmente, faz-se indispensável a defesa técnica por parte do advogado por força do artigo 133 da CF/88.

b) Do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes, destaca-se a motivação por ele exposta, na tentativa de explicar a interpretação restritiva que o Tribunal vem dando a certas leis, de forma a afastar a intervenção da advocacia na defesa da ordem jurídica:

Ressalte-se que mesmo em determinados processos judiciais – como no habeas corpus, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais – esta Corte assentou a possibilidade de dispensa da presença de advogado. [...] E para dar sustentação a tais interpretações reafirma que, “nesses pronunciamentos, o Tribunal reafirmou que a disposição do art. 133 da CF não é absoluta, tendo em vista que a própria Carta Maior confere o direito de postular em juízo a outras pessoas.”<sup>494</sup>

Como forma de garantir a ampla defesa de que menciona o inciso LV do artigo 5.º da Constituição, o legislador constituinte reservou à advocacia o papel de defesa não só da ordem jurídica, mas em especial das instituições do Estado Democrático de Direito, ao estabelecer no artigo 133, que “O advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos limites da lei”.

---

<sup>494</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

A defesa da ordem jurídica significa a defesa do devido processo legal, tendo como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme determina a Constituição Federal (artigo 5.º, LV).

Em razão da amplitude da garantia constitucional, o legislador constituinte, além de estendê-la a todo o processo, seja ele judicial ou administrativo, não opôs qualquer condição ao seu exercício, pois não se utilizou de expressões como “nos termos da lei”, como o fez, por exemplo, com a garantia da liberdade de locomoção. Se não existe qualquer condição que possa limitar a garantia da ampla defesa nos processos administrativos disciplinares, não cabe ao Supremo Tribunal Federal fazê-lo, em substituição ao constituinte originário.

Que se admita a argumentação do Ministro Relator, no que se refere à dispensabilidade da defesa técnica por advogado no habeas corpus, na revisão criminal, em causas da Justiça Trabalhista e dos Juizados Especiais, até seria razoável, pois para tais situações a Constituição Federal assegurou a reserva intransponível da jurisdição, ou seja, haverá obrigatoriamente a presença de um terceiro estranho e imparcial, investido na função judicante, cuja competência foi estabelecida por lei anterior à ocorrência do fato. Essas condições, como já demonstrado neste trabalho, muito longe estão de se fazer presentes na legislação e prática dos processos administrativos disciplinares.

Portanto, não se faz razoável sugerir que possam os servidores públicos, envolvidos emocionalmente com o fato, ter independência e conhecimento para realizar uma defesa técnica de uma infração disciplinar, que o administrador público, com toda a supremacia que entende possuir, está a lhe imputar. Essa dificuldade de realizar uma defesa técnica e ampla se agrava ainda mais quando se constata que, não raro, as condutas proibitivas são caracterizadas pela fluidez, imprecisão, e nessas condições sujeitas a indevidas interpretações discricionárias.

c) Por fim, consta da parte final do voto do Relator, Ministro Gilmar Ferreira Mendes, motivação que causa espanto, consubstanciada em razões econômicas e não jurídicas, a saber:

Senhores Ministros, também eu tinha tido sentimentos de que era uma matéria que reclamava súmula, exatamente por que a Súmula n.º 343, do STJ, diz: ‘É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar’. Por isso o Advogado-Geral da união ressaltou, muito bem, que há um temor de anulação de processo, tendo em vista a repercussão que esse julgamento pudesse ter sobre os demais casos.<sup>495</sup>

---

<sup>495</sup> Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 18 dez. 2015.



Outra não é a constatação senão a de que o Ministro Relator acatou os argumentos de cunho econômico, apresentados na defesa feita pela Advocacia Geral da União. De fato, o temor da União em ter que reintegrar um grande número de servidores (cerca de 1.670 servidores no período de cinco anos)<sup>496</sup>, ao que tudo indica sem defesa técnica, e pagar-lhes os rendimentos que deixaram receber, foi o fator determinante para influenciar a formação do convencimento do Ministro Relator, no que foi acompanhado pelos demais pares.<sup>497</sup>

Por fim, não há como se deixar de observar, da decisão, a presença de motivação política, e que certamente teve influência na aprovação do enunciado da súmula vinculante n.º 5, com vistas a invalidar urgentemente a Súmula n.º 343 do Superior Tribunal de Justiça de forma expressa. Ou seja, o objetivo era que o Superior Tribunal de Justiça deixasse de decidir em conformidade com a Súmula n.º 343, evitando a multiplicação de recursos que chegariam ao Supremo Tribunal Federal.<sup>498</sup>

Com essa decisão, o Supremo Tribunal Federal acabou por validar todas as decisões proferidas nos processos administrativos disciplinares que aplicaram sanções aos servidores

---

<sup>496</sup> Em notícia veiculada no site do Supremo Tribunal Federal, assim constou: Ao defender a posição da União na sessão plenária de hoje, o Advogado-Geral, José Antônio Dias Toffoli, advertiu para o risco de, a se consolidar o entendimento do STJ, servidores demitidos a bem do serviço público, nos Três Poderes, ‘voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza’. Isto porque, para todos eles, o processo administrativo disciplinar é regido pelo artigo 156 da Lei n.º 8.112 (Estatuto do Funcionalismo Público). E a decisão do STJ daria ensejo a demandas semelhantes, em que os servidores, além de sua reintegração ao cargo, poderiam reclamar salários atrasados de todo o período em que dele estiveram ausentes. Toffoli informou, neste contexto, que o chefe da Controladoria-Geral da União, Jorge Hage, informou-lhe que, de janeiro de 2003 até hoje, 1.670 servidores da União foram demitidos a bem do serviço público. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n.º 5**: STF decide que não é obrigatória defesa elaborada por advogado em processo administrativo disciplinar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88437>>. Acesso em: 16 dez. 2015).

<sup>497</sup> Outra não é a constatação de Antonio Sérgio Baptista e Samir Maurício Andrade, quando analisam os motivos que levaram o Supremo Tribunal Federal a editar a referida súmula vinculante: “A surpresa é maior quando se conclui, sem grande esforço de inteligência, que a Súmula Vinculante n.º 5 foi editada com a finalidade única de salvar o Governo Federal de delicada situação decorrente da falta de observância do rigor da Lei, respaldado em posicionamento manifestado pelo ilustre Advogado-Geral da União, José Antonio Dias Toffoli, que, ao defender a não-obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo, advertiu que na hipótese de consolidar-se o entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula n.º 343), haveria o risco de servidores demitidos “voltarem a seus cargos com poupança, premiados por sua torpeza”. (BATISTA, Antônio Sérgio; ANDRADE, Samir Maurício. Súmula vinculante n.5: lamentável retrocesso. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.12, n.276, p.12, 2008. p.12).

<sup>498</sup> Nesse sentido, Cavalcante Filho atesta que “a “rapidez” da decisão do STF está relacionada com a necessidade de por fim aos processos de revisão de penalidades administrativas de servidores que foram punidos em processos disciplinares que não foram assistidos por advogado, veja-se: É certo, entretanto, que a “pressa” do STF em aprovar a súmula não é sem justificativa: após a edição pelo STJ da Súmula n.º 343 (que exigia a presença de advogado), muitos servidores ou ex-servidores que não conheciam essa posição do Tribunal Superior correram para tentar anular as punições disciplinares eventualmente sofridas sem a assistência de advogado”. (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Presença facultativa de advogado no processo disciplinar: idas e vindas da jurisprudência e a Súmula Vinculante n.5. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, v.8, n.86, p.147-150, set. 2008/2009).

públicos que não se fizeram representar por advogados, privilegiando o interesse público secundário (interesse do Estado) em detrimento do interesse público primário (direitos fundamentais).<sup>499</sup>

Ao mesmo tempo em que “resolveu” os problemas que seriam enfrentados pela Administração Pública, caso tivesse que reintegrar e ressarcir os servidores em caso de anulação dos processos disciplinares, o Supremo Tribunal Federal “evitou” os problemas de política judiciária que ele mesmo teria, caso tivesse que julgar a infinidade de recursos extraordinários, se mantida a Súmula 343 do Superior Tribunal de Justiça.

Trata-se de decisão política, em detrimento do melhor entendimento sobre a matéria, que seria assegurar aos acusados em processo administrativo a efetividade dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, mediante a obrigatoriedade da presença do advogado no processo administrativo disciplinar.

A interpretação do artigo 156 da Lei n.º 8.112/90 não pode levar ao absurdo de subverter uma garantia processual em desculpa para acobertar o desrespeito ao devido processo legal. Nesse sentido, processo administrativo sem defesa técnica feita por advogado, na forma do que dispõe o artigo 133 da Constituição Federal, é processo administrativo sem contraditório e sem ampla defesa. Aliás, não é processo, é inquisição.

Por todas as razões expendidas, e considerando que a Constituição Federal estabeleceu a garantia do devido processo legal, e, ainda, que todos os litigantes em processo judicial ou administrativo, têm assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, a falta de defesa técnica por advogado, no processo administrativo disciplinar, viola o princípio da ampla defesa e, por conseguinte, o devido processo legal, o que leva à conclusão de que a Súmula Vinculante n.º 5, apresenta vícios materiais e formais de inconstitucionalidade.

#### 5.4 O REGIME DISCIPLINAR DA LEI N.º 8.112/90: AS CONDUTAS TIPIFICADAS COMO ILÍCITAS A PARTIR DE CONCEITOS GENÉRICOS – UM CONVITE À DISCRICIONARIEDADE E À INSEGURANÇA JURÍDICA

Como afirmado no capítulo anterior, o regime jurídico que caracteriza o Direito Administrativo Sancionador engloba não somente os princípios constitucionais expressos no artigo 37, como também os princípios da dignidade da pessoa humana, da legalidade, proporcionalidade, da tipicidade, da juridicidade e da segurança jurídica.

---

<sup>499</sup> ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1953. p.151-153.

Nessas condições, a garantia constitucional estabelecida no sentido de que as infrações administrativas sejam previamente tipificadas em normas sancionadoras, integra, por certo, o devido processo legal da atividade sancionatória do Estado, seja ela judicial ou administrativa.

A tipificação das condutas proibitivas e respectivas sanções, na legislação que regula o regime disciplinar dos servidores públicos federais (Título IV da Lei n.º 8.112/90), tem por função assegurar a segurança jurídica dos servidores públicos, de maneira a blindá-los de eventuais proibições arbitrárias e caprichos do administrador.

Mas, para além da necessidade da tipificação das condutas proibitivas – comissivas ou omissivas –, que constituem infrações administrativas, se afirmou neste trabalho, com apoio em doutrina, que os tipos devem ser claros, dotados de previsibilidade mínima quanto ao seu conteúdo, não se admitindo, portanto, que a estruturação das condutas proibitivas se dê mediante normas excessivamente imprecisas, vagas, ou de qualificação genérica ou subjetiva, que retratam poderes não delimitados e que ameaçam os valores constitucionalmente assegurados.

Poderia até se argumentar, que o processo administrativo disciplinar se apresenta como um instrumento que fornece condições para o responsável e coerente exercício da competência disciplinar.<sup>500</sup> No entanto, e como demonstrado no tópico anterior, o procedimento em contraditório previsto no capítulo V da Lei n.º 8.112/90, não se encontra, na sua totalidade, em harmonia com a garantia constitucional do devido processo legal, tendo sido afirmada a sua inconstitucionalidade.

De fato, dentre as violações ao devido processo legal já identificadas anteriormente, tem-se que o artigo 149 da Lei n.º 8.112/90 não faz qualquer exigência no sentido de que os servidores que irão compor a comissão processante, devam possuir qualificação técnica minimamente necessária, para promover a condução do processo em observância às garantias inerentes ao devido processo legal.

Disso resulta que, sem o devido conhecimento técnico-jurídico, não há como se reconhecer que possam, tais servidores, exercer corretamente a interpretação de normas excessivamente imprecisas, vagas, cuja atividade envolve um juízo de juridicidade.

Essas condições reforçam o entendimento no sentido de que não se faz possível que a competência disciplinar da Administração Pública, para impor sanção disciplinar de demissão

---

<sup>500</sup> Essa é a visão de Romeu Felipe Bacellar Filho, para quem “em face da abertura legal (por meio da utilização de expressões jurídicas indeterminadas pelo legislador), o processo administrativo disciplinar (e o procedimento), fornecem aportes para o responsável e coerente exercício da competência disciplinar. São instrumentos aptos a atenuar a outra face do princípio da legalidade”. (BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.178).

do servidor público, possa encontrar legitimidade em normas de textura excessivamente abertas ou indeterminadas.

Apesar disso, o fato é que o legislador foi pródigo em utilizar essa técnica legislativa, para, no artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, tipificar determinadas condutas proibitivas passíveis de aplicação da penalidade de demissão, destacando-se, para efeitos deste trabalho, a “improbidade administrativa” (inciso IV).<sup>501</sup>

No entanto, questiona-se: no que consiste a improbidade administrativa<sup>502</sup> de que menciona o artigo 132, inciso IV da Lei n.º 8.112/90? Quais são efetivamente as condutas que podem se caracterizar como ímprobas? Pode-se responder: em tudo ou em nada, porque a Lei não estabelece parâmetros normativos seguros de modo a viabilizar a aplicação de uma sanção tão grave como a demissão.

Em decorrência dos princípios da segurança jurídica e da certeza do direito, o servidor acusado tem assegurado constitucionalmente o direito subjetivo público de saber exatamente quais são, de fato, as condutas proibitivas. O destino da carreira do servidor público não pode ficar entregue nas mãos do intérprete, que, dependendo das suas concepções pessoais, ou do momento político, pode ao seu talante, alargar a sua exegese, de modo a abarcar toda e qualquer conduta que seja de seu exclusivo interesse.

Essa situação acaba por deixar o servidor público em completa insegurança quanto ao cometimento do ilícito denominado “improbidade administrativa”, dando ensejo a promoções sancionatórias que podem resvalar para motivações subjetivas.

Mas não bastasse o descuido do legislador ao se utilizar de normas excessivamente imprecisas, abertas, quando da fixação do regime disciplinar dos servidores públicos federais, essa prática encontra amparo em alguns doutrinadores, ao entendimento de que os ilícitos penais são típicos, e os ilícitos administrativos são atípicos, e, assim, segundo essa corrente, “basta que a lei defina genericamente a infração, para que a autoridade administrativa aplique

---

<sup>501</sup> Outros exemplos poderiam ser destacados, como a exemplo: “inassiduidade habitual” (inc. III); “incontinência pública ou escandalosa na repartição” (inc. V). A escolha pelo tipo improbidade administrativa foi meramente didática, pois a pesquisa concentra seus esforços no sentido de verificar a possibilidade da aplicação da penalidade de demissão por ato de improbidade administrativa, diretamente pela Administração Pública, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

<sup>502</sup> Para a caracterização e compreensão de improbidade administrativa, adota-se neste trabalho o conceito preciso do ex-Procurador-Geral da República, Aristides Junqueira Alvarenga, para quem: “improbidade administrativa pode ser definida como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário. Desonestidade implica conduta dolosa, não se coadunando, pois, com o conceito de improbidade a conduta meramente culposa”. (BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FIHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001. p.86).

a pena, usando nessa aplicação, de uma larga margem de poder discricionário, tal como definido e justificado”.<sup>503</sup>

Pois bem: a penalidade de demissão constituiu, juntamente com a cassação da aposentadoria, sanção disciplinar das mais drásticas existentes no sistema administrativo punitivo, pois não bastasse atingir a pessoa do servidor, atinge a sua família, a sua subsistência e consequentemente a sua dignidade.

Diante disso, questiona-se: existe espaço para discricionariedade no ato de interpretação e aplicação de normas excessivamente imprecisas, vagas, indeterminadas?

Considerado o regime jurídico administrativo moldado pela Constituição Federal de 1988 – cujo referencial é a tutela dos direitos e garantias individuais –, e, no qual vigoram, dentre outros, os princípios da dignidade da pessoa humana, juridicidade, tipicidade, juiz natural, presunção da inocência, proporcionalidade e prestação jurisdicional acerca da violação a direito, a demissão do serviço público, tratando-se de ato vinculado<sup>504</sup>, é incompatível com a ideia de que possa existir discricionariedade no ato de interpretação e aplicação do termo jurídico vago, impreciso e fluido de improbidade administrativa contido no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90.

A clássica ideia de discricionariedade, que assinala que há espaço de liberdade no momento da conformação de sentido do texto legal, contribui para a formação de uma concepção equivocada de discricionariedade, ensejando, não invariavelmente, a ampliação do arbítrio e a diminuição das garantias dos servidores públicos diante do exercício da competência disciplinar estatal.

---

<sup>503</sup> CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar**. 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996. p.72. No mesmo sentido: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. p.598.

<sup>504</sup> A Lei n.º 8.112/90 indica, de maneira precisa, a sanção a ser aplicada em razão da infração cometida. Somente em três hipóteses a Lei deixou de estabelecer uma resposta unívoca à prática de infração, que são as previstas nos artigos 129 e 130, a saber: (i) no caso das transgressões puníveis com suspensão, em que se faz necessário estabelecer o *quantum* da pena; (ii) no reconhecimento da possibilidade de conversão da penalidade de suspensão em multa, o que dependerá de um juízo quanto à conveniência para o serviço público; e, finalmente, (iii) na possibilidade de aplicação da penalidade de suspensão nos casos de infração originariamente punível com advertência, mas que, em razão da gravidade do ilícito cometido, justifique a imposição de sanção mais severa. Essa constatação é também afirmada por Lucas Rocha Furtado, que entende que: “A margem de discricionariedade na aplicação das penalidades disciplinares é mínima e somente se verifica em duas situações, ambas relacionadas à pena de suspensão. A primeira hipótese de discricionariedade na aplicação das sanções disciplinares diz respeito à gradação da pena de suspensão, que nos termos da lei pode ser de um a 90 dias. [...] a outra situação em que um juízo de discricionariedade interfere na aplicação das sanções, está relacionada à possibilidade de a pena de suspensão ser convertida em multa”. (FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p.322).

Isso se agrava mais ainda nas decisões proferidas nos processos administrativos disciplinares, pois, como já afirmado, na composição dos membros das comissões processantes, a Lei não exige conhecimento técnico, bastando que o servidor seja ocupante de cargo efetivo superior ou de mesmo nível, ou ter escolaridade igual ou superior ao do indiciado.

Portanto, um agente público que não esteja familiarizado com a interpretação de textos legais (fato não raro nas comissões processantes), muitas vezes é levado a concluir que determinado enunciado normativo (como é o caso de improbidade administrativa) caracterizado pela vagueza e indeterminação<sup>505</sup>, está a lhe conferir margem de discricionariedade administrativa, quando, em realidade, só existe uma única solução correta e justa em face de cada caso concreto<sup>506</sup>, cuja aferição deve ser feita por meio de um processo cognitivo adequado aos fins constitucionais.

Essa ideia clássica, e equivocada de discricionariedade, não se amolda aos padrões do Estado Democrático de Direito. Se a discricionariedade da Administração Pública, pertinente à escolha política do agente, encontra fundamento no sistema constitucional, o mesmo não se pode afirmar acerca da discricionariedade interpretativa.

A tarefa de interpretação e aplicação expõe um juízo de juridicidade, ao passo que a discricionariedade, mesmo que atrelada à juridicidade, expressa um juízo de oportunidade e conveniência. Portanto, a discricionariedade não decorre da fluidez ou imprecisão do enunciado; muito pelo contrário, caberá à interpretação jurídica atribuir sentido aos referidos conceitos.

A fluidez de determinados textos jurídicos não desencadeia discricionariedade administrativa quando da sua interpretação e aplicação. A discricionariedade compreende a liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas – indiferentes jurídicos – na maneira em que a decisão a ser adotada se fundamenta em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da administração.

---

<sup>505</sup> Se até os juízes e tribunais, dos quais se exige formação jurídica para o exercício da função julgadora hesitam na interpretação e aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, mesmo contando com o extenso rol de padrões normativos dos artigos 9, 10, 1, 11 da Lei, como admitir-se que possam os membros das comissões ter competência de realizar uma interpretação minimamente segura, pois além não possuírem formação técnica, não contam com qualquer parâmetro na Lei Estatutária, que não seja a expressão “improbidade administrativa”.

<sup>506</sup> Quando se utiliza a expressão “decisão única ou correta”, está a se referir àquela que se apresentou adequada ao caso concreto, a partir da descrição exaustiva dos elementos fáticos relevantes e não uma decisão que expresse uma verdade absoluta primária, abstratamente considerada, pois não há uma solução unívoca. Essa decisão perfeita ao caso em concreto é construída num juízo de aplicação da norma, e, portanto, a *posterior*, ou seja, quando, além das normas e princípios aplicáveis, tem-se a completa descrição da situação concreta. Essa resposta está hermeneuticamente ligada com o caso, na medida em que não se pode falar em abstrato de decisão. A decisão é sempre do caso para o caso, ou como diz Lenio Streck, “na linha do hermeneutic turn”. (STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.226).

De forma diversa, a interpretação e aplicação dos termos jurídicos indeterminados configuram um processo de aplicação da lei, que não acarreta qualquer interferência subjetiva ao interprete e aplicador, o que permite, assim, um maior controle por parte do Judiciário para verificar se a solução advinda da aplicação do conceito por parte da Administração é a única solução justa que a lei permite.

Portanto, a presença dos denominados “conceitos jurídicos indeterminados”<sup>507</sup> na norma, não desencadeia discricionariedade administrativa. Ao contrário, caberá à interpretação jurídica a atribuição de sentido aos referidos “conceitos”. No entanto, não há como se desconsiderar que essa distinção é marcada por grande divergência doutrinária, como passa a demonstrar.

Os conceitos jurídicos indeterminados, também conhecidos como conceitos legais indeterminados ou conceitos plurissignificativos, são utilizados para designar expressões ou vocábulos, contidos na lei, que contenham sentido, vago, impreciso ou indeterminado, cujo conteúdo e extensão são em larga medida incertos.

Não invariavelmente a lei faz referência a expressões que apresentam elevado grau de fluidez, como “interesse público”, “relevância” e outras, como “incontinência pública”, “conduta escandalosa” “improbidade”, constantes do Estatuto dos Servidores Públicos Federais.

Embora a teoria dos conceitos jurídicos indeterminados seja comum a todos os ramos do Direito, ela ganha relevância no âmbito do Direito Administrativo, diante do instituto da discricionariedade. Nessa condição, e considerando que os referidos termos não expressam um sentido objetivo, exigindo uma atuação do intérprete para preencher seu conteúdo, surge a questão de saber se o conceito jurídico indeterminado sempre conduz à discricionariedade.

Como forma de se alcançar resposta a essa indagação, é preciso recorrer às principais teorias acerca dos conceitos jurídicos indeterminados, e, nesse sentido, duas correntes doutrinárias, a da multivalência e da univocidade, se destacaram na Áustria no século XIX.

---

<sup>507</sup> Utiliza-se da expressão “conceitos jurídicos indeterminados” sem qualquer pretensão de examinar a sua adequação, mas que deve ser compreendida no sentido de que “a imprecisão não se encontra nos signos abstratos da comunicação, nem nos múltiplos objetos que com eles desejamos indicar”. (ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discricionariedade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correia (Coord.). **Temas de direito administrativo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p.86-87). Do mesmo modo, não se descartam as críticas feitas por Eros Roberto Grau à referida Terminologia: “É que a indeterminação a que nos referimos, na hipótese, não é dos conceitos jurídicos (ideias universais), mas de suas expressões (termos); logo, **mais adequado será referimo-nos a termos indeterminados de conceitos**, e não a conceitos (jurídicos ou não) indeterminados”. (grifo no original). (GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.196).

Segundo António Francisco de Souza, o marco do surgimento da teoria dos conceitos jurídicos indeterminados pode ser encontrado na obra “*Rechtsprechung um materielle Rechtskraft*”<sup>508</sup>, de Hugo Adolf Bernatzik, publicada em 1886, em que o autor critica a doutrina tradicional, negando que a livre discricionariedade e a aplicação do direito estivessem apartadas. O autor instituiu a “teoria da multivalência”, pela qual defende que na interpretação e aplicação dos conceitos legais indeterminados são possíveis várias decisões certas. Sustenta-se nesta teoria que a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados somente poderia ser feita por meio de um complexo processo em cadeia.<sup>509</sup>

Segundo Francisco António Souza, esse processo idealizado por Bernatzik se defrontaria com um problema aparentemente intransponível, o de encontrar parâmetros seguros de interpretação e, especialmente, de seu controle por parte do Poder Judiciário. Visando apresentar soluções ao impasse, estabeleceu uma solução cômoda para o momento, qual seja a de considerar que os conceitos jurídicos indeterminados atribuem discricionariedade à Administração Pública.

A teoria da multivalência amplia o conceito de discricionariedade, para abranger não somente as hipóteses em que ordenamento jurídico confere ao administrador público margem de liberdade para aferir a oportunidade e conveniência de determinada atuação, mas também as situações em que o texto adota conceitos vagos e imprecisos. Nessa última situação, caberia ao agente certa liberdade para adequação do sentido do termo indicado.<sup>510</sup>

Posteriormente, insurgindo-se contra a teoria da multivalência, Friedrich Tezner instituiu a “teoria da univocidade”<sup>511</sup>, defendendo que na exegese e aplicação dos conceitos indeterminados só existe uma solução correta. Conforme Antonio Francisco de Souza, a crítica de Tezner chegou o ponto de classificar a teoria de Bernatzik como inimiga do Estado de Direito e cientificamente infundada.<sup>512</sup>

---

<sup>508</sup> “Força da lei - coisa julgada substantiva pelo Tribunal”. (tradução livre).

<sup>509</sup> SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.35.

<sup>510</sup> Referindo-se a essa teoria, Sérgio Guerra menciona que “abriu-se ao administrador público, indisputavelmente pela própria lei, um espaço para alguma escolha determinativa de conceitos fluídos e abertos, pois as regras para sua adoção não apareciam delineadas em detalhe na norma, não obstante indicaram a sua aplicação em determinados casos concretos”. (GUERRA, Sérgio. **Discricionariedade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.71).

<sup>511</sup> Friedrich Tezner. *Zur Lehre des freies Ermessen der Verwawaltungsbehörden als Grund der Unzuständigkeit der Verwaltungsgericht*. Viena, 1988 apud SOUSA, op. cit., p.36.

<sup>512</sup> SOUSA, loc. cit.



A teoria da univocidade parte do pressuposto de que a conformação dos conceitos jurídicos indeterminados só ocorre nos casos em concreto, e, portanto, defende que somente existiria uma única solução correta e justa em face de cada um desses casos, cuja aferição seria feita por meio de um processo cognitivo. Essa concepção foi o marco inicial da vertente que busca qualificar os conceitos indeterminados como conceitos jurídicos, sendo interpretáveis e passíveis de total apreciação por parte do Poder Judiciário, cuja corrente acabaria por influenciar um grande número de adeptos da doutrina alemã.<sup>513</sup>

Nesse sentido, Antonio Francisco de Souza menciona que, dentre os adeptos da doutrina alemã, destacou-se Hermann Reub, para quem os conceitos jurídicos indeterminados são amplamente controláveis, ou, nos dizeres desse autor, “os conceitos legais indeterminados são conceitos jurídicos não apenas porque fazem parte de uma norma jurídica, mas também por não serem conceitos discricionários. Por isso, apenas necessitam de interpretação, sendo assim totalmente controláveis jurisdicionalmente”.<sup>514</sup>

O desenvolvimento da teoria da univocidade na Alemanha tem como base a tese de que, com o advento da Lei Fundamental de Bonn, o Estado de Direito não se compatibiliza com a ideia de que existe discricionariedade administrativa no ato de aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados. Essa concepção encontrava justificativa à época, pois a experiência nazista demonstrou o risco da impossibilidade de se controlar o Poder Executivo.<sup>515</sup> Nessas condições, com a finalidade de possibilitar um controle mais intenso e extenso dos atos da Administração Pública, é que se reconheceu que a aplicação dos conceitos indeterminados não era decorrente do poder discricionário, mas sim do processo interpretativo, que por sua vez era passível de ser sindicado jurisdicionalmente.

---

<sup>513</sup> SICCA, Gerson dos Santos. **Discricionariedade administrativa: conceitos indeterminados e aplicação**. Curitiba: Juruá, 2006. p.42.

<sup>514</sup> SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.46.

<sup>515</sup> Referindo-se ao desenvolvimento da teoria da univocidade na Alemanha, Cesar Ciriano Vela, pondera que “*lo que lo sucede, en la realidad, es que las normas recurren a la utilización de conceptos en mayor o menor medida vagos e indeterminados, en donde es preciso realizar una labor interpretativa por el órgano competente. Se trata de los llamados conceptos jurídicos indeterminados. E estos casos, hasta bien entrado este siglo se consideraba que eran conceptos discrecionales. Sin embargo, la doctrina alemana acuña varias décadas después la teoría de los conceptos normativos indeterminados (Umbesrimmtrechtsbegriffe) que, a diferencia de lo que se consideraba hasta entonces, en su interpretación iban a dar lugar a una única solución justa*”. (VELA, Cesar Ciriano. **Administración económica y discrecionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2009. p.127).

A divergência entre Bernatzik e Tezner é considerada pela doutrina<sup>516</sup> como o marco inicial do conflito doutrinário que até hoje persiste entre os adeptos da teoria da multivalência, a qual defende que, na interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, são possíveis várias interpretações discricionárias, e, da teoria da univocidade, a qual defende que só existe uma solução correta, sendo esta vinculada.

A teoria da univocidade acabou por influenciar a doutrina espanhola, destacando-se Eduardo Garcia de Enterría, que entende que nos conceitos jurídicos indeterminados existe uma única solução justa, enquanto a discricionariedade conduz a uma pluralidade de situações igualmente justas, e conclui que a aplicação dos conceitos se dá por meio de uma atividade de cognição e não de volição. Segundo o autor,

[...] a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados é um caso de aplicação da Lei, já que se trata de subsumir uma categoria legal (configurada, não obstante seus limites imprecisos, com a intenção de delimitar uma hipótese em concreto) algumas circunstâncias reais e determinadas; justamente por isso é um processo vinculado, que se esgota no processo intelectual de compreensão de uma realidade, no sentido de que o conceito legal indeterminado pretendeu, processo no qual não interfere nenhuma decisão de vontade do aplicador, como é próprio daquele que exerce uma potestade administrativa.<sup>517</sup>

No Brasil, uma das primeiras manifestações acerca do tema da interpretação e sua influência sobre a discricionariedade é de Celso Antonio Bandeira de Mello. Para o autor, qualquer conceito, independente de sua vagueza, contém uma esfera de significação possível e verificável objetivamente, pelo intérprete. Quanto aos conceitos jurídicos indeterminados, o autor entende que estes possuem uma zona de certeza positiva, em que se constata a aplicação

---

<sup>516</sup> Nesse sentido, ver: SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.36. Por sua vez, Andreas Joachim Krell bem sintetiza a concepção dessas duas correntes: “No fim do século XIX, na Áustria, Bernatzik entendia que os conceitos abertos como “interesse público” teriam de ser preenchidos pelos órgãos administrativos especializados, sem a possibilidade de revisão pelos tribunais. Tezner, contrário a essa teoria, exigia um controle objetivo de todos os conceitos normativos – inclusive os vagos das leis que regiam as relações entre a Administração e os cidadãos. Apesar da ampla aceitação desta última tese, foram criados, em seguida, limites cada vez mais rígidos para o controle dos conceitos jurídicos indeterminados, sob a alegação de que certos tipos de conceitos (os de valor e o onipresente interesse público) abririam espaço para a “atitude individual” da Administração e exigiam uma acurada investigação da questão para cada caso. Surgiu, assim, a doutrina dos “conceitos indeterminados”, os quais não foram mais considerados como uma expressão da discricionariedade, mas plenamente sindicáveis pelo Poder Judiciário mediante interpretação, o que levou uma forte restrição da própria discricionariedade administrativa”. (KRELL, Andreas J. **Discricionariedade e proteção ambiental: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.30).

<sup>517</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.467-468.

do preceito à situação, e uma zona de certeza negativa, na qual se observa que determinado objeto não se enquadra na hipótese da norma, e, por fim, uma zona a que ele denomina penumbra, na qual reina a incerteza quanto ao real sentido da expressão vaga. E é justamente nesta zona de penumbra que o autor entende que se situa a discricionariedade, podendo, assim, se afirmar que, no seu entender, a discricionariedade está relacionada à insuficiência da programação normativa.<sup>518</sup>

Para esse autor, conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa não estão distantes, ou seja, insere o tema da discricionariedade no terreno da interpretação jurídica, ao concluir que a atuação do administrador somente será identificada diante do caso em concreto, pois é a compreensão do sentido do texto legal que indicará os pontos nos quais o administrador tem suas condutas vinculadas, e aqueles nos quais existiram espaços para livremente apreciar as circunstâncias e assim tomar as suas decisões. A essência da discricionariedade, diz o autor, é a abertura concedida pela norma para que o aplicador encontre, diante do caso em concreto, a solução ótima.<sup>519</sup>

Como se observa, Celso Antonio Bandeira de Mello considera a interpretação como um processo objetivo, no qual cabe ao agente encontrar o sentido atribuído por outrem ao texto legal, ou o espaço de objetividade, e que é no limite da objetividade que surge a discricionariedade, como um dever do administrador de encontrar a solução que melhor se apresente diante do caso em concreto, de acordo com o fim a ser realizado.

Ainda, Celso Antonio Bandeira de Mello entende que a presença de conceitos plurissignificativos pode viabilizar a discricionariedade administrativa, especialmente quanto à finalidade da norma. Assim, conclui que se estaria diante de uma discricção administrativa “tanto na hipótese da norma, no caso da ausência de indicação explícita do pressuposto de fato, ou no caso de o pressuposto de fato ter sido descrito por meio de palavras que recobrem conceitos vagos, fluídos ou imprecisos”.<sup>520</sup>

Essa conclusão do autor tem por fundamento a ideia de que nem sempre é possível, diante das situações concretas, encontrar densidade para o conceito jurídico indeterminado, de maneira que se possa dissipar, por completo, as dúvidas sobre a aplicabilidade ou não do termo

---

<sup>518</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.31, p.35, set./out. 1974.

<sup>519</sup> Id. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.46.

<sup>520</sup> Ibid., p.20.

por elas recoberto.<sup>521</sup> Segundo o autor, é impossível questionar, em diversas situações, a possibilidade de conviverem intelecções diferentes, sem que, por isso, uma delas tenha que ser havida como incorreta, desde que quaisquer delas sejam igualmente razoáveis. Reportando-se às lições de Bernatzik, Celso Antonio afirma que existe um limite além do qual não se faz possível que terceiros possam verificar a exatidão ou inexatidão da conclusão atingida.<sup>522</sup>

As ideias de Celso Antonio Bandeira de Mello acabaram por influenciar uma grande parcela da doutrina nacional, a exemplo de Lucia Valle Figueiredo, que sustenta que a “discricionariedade consiste na competência-dever do administrador, no caso em concreto, após a interpretação, valorar, dentro do critério de razoabilidade [...] qual a melhor maneira de concretizar a utilidade pública postulada pela norma”.<sup>523</sup>

Posicionando-se contrariamente ao entendimento de que a discricionariedade decorre da insuficiência da programação normativa, Eros Roberto Grau defende a vinculação da tarefa de aplicação de conceitos indeterminados. Para o autor, a linguagem jurídica é potencialmente vaga, dotada de ambiguidade e imprecisão. Os conceitos representam uma ideia expressada por termos, e é justamente nestes que pode surgir a incerteza quanto ao sentido, já que os conceitos possuem significação determinada e de “uma apenas significação”. Os conceitos indeterminados “requerem um juízo de legalidade, formulado após uma interpretação que indicasse a única solução justa”, enquanto a discricionariedade supõe “uma liberdade de eleição entre alternativas igualmente justas ou entre indiferentes jurídicos”, característica dos juízos de oportunidade.<sup>524</sup>

É de se esclarecer que, embora o autor desvincule a discricionariedade da aplicação dos conceitos indeterminados, tenta superar os postulados da teoria da univocidade, a qual defende que só existe uma solução correta, por entender que não é possível a obtenção de respostas unívocas no âmbito do Direito. Assim, concluiu o autor,

Desejo ainda, neste ponto, observar que a afirmação de que os conceitos jurídicos são signos de significação determinadas não contradiz àquela outra no qual sustento inexistirem, no âmbito do Direito, soluções exatas – uma para cada caso –, porém, sempre para cada caso, um elenco de soluções corretas. Não conflita, a primeira, com a evidência de que a aplicação (que é, concomitantemente, interpretação) do

---

<sup>521</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.22.

<sup>522</sup> Ibid., p.23.

<sup>523</sup> FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.119-127. Ver também: ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990. p.48.

<sup>524</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.146.

direito não é ciência, mas prudência. As soluções atribuíveis aos problemas jurídicos não são definíveis exclusivamente a partir de uma ou outra significação (conceito) a determinada coisa, estado ou situação, linear e unidimensionalmente, porém, desde a ponderação de variáveis múltiplas, o que, efetivamente, confere à interpretação/aplicação do direito aquele caráter de prudência. Insisto no seguinte ponto: embora o conceito seja sempre significação determinada, em diversas instancias de enunciação – ou seja, nos diversos enunciados virtuais de uma mesma sentença – ganha multiplicidade de referências, que explica e justificam mais de uma solução normativa. Nesse sentido, enquanto referência, o conceito, de conotativo, transmuta-se em denotativo. A redescoberta da conotação conceitual, em cada enunciativo normativo, em especial quando veicule conceito indeterminado, será, sem dúvida, expressão de interpretação/aplicação do direito – juízo de legalidade.<sup>525</sup>

Observa-se, portanto, que existe nas conclusões do autor, uma nítida distinção entre a aplicação dos conceitos indeterminado, sujeitos a um juízo de legalidade vinculado a regras e princípios do sistema jurídico, e discricionariedade, na qual está presente um juízo de oportunidade, realizado no limite de certas soluções igualmente válidas perante o Direito.

No presente trabalho, compartilha-se da tese que distingue a discricionariedade administrativa dos conceitos jurídicos indeterminados; isso porque referidos conceitos apresentam elevado grau de vagueza, dependente do exercício interpretativo para a delimitação do sentido que lhe foi atribuído por outrem, em face do caso em concreto. Mesmo que não se possa falar em uma única solução correta, pois a delimitação do conceito varia de acordo com o tempo, o espaço e as pré-compreensões do intérprete, o fato é que a atividade de interpretação deve estar voltada à busca de um entendimento comum, aceito pelo meio social, expressando um juízo de juridicidade, que decorrerá, sempre, da aplicação.

Portanto, a discricionariedade, como antes referido, compreende a liberdade de escolha entre alternativas igualmente justas – indiferentes jurídicos – na maneira em que a decisão a ser adotada se fundamenta em critérios extrajurídicos, não incluídos na lei e remetidos ao julgamento subjetivo da administração.<sup>526</sup> De forma diversa, a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados configuram um processo de aplicação da lei, e que não acarreta qualquer interferência subjetiva ao intérprete e aplicador, o que permite, assim, um maior controle por parte do Judiciário para verificar se a solução advinda da aplicação do conceito por parte da Administração é a única solução justa que a lei permite.

---

<sup>525</sup> GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p.147-148.

<sup>526</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.394.

Mas, indiferente a essas constatações, o fato é que tanto no exercício da discricionariedade quanto na interpretação do texto legal, não tem o intérprete nenhuma liberdade de escolha dentre as possibilidades contempladas, em abstrato, pelo texto, mas sim, o dever de realizar uma leitura hermenêutica que possa sustentar a solução adequada para o caso em concreto, à luz do sistema constitucional.

A técnica dos conceitos jurídicos indeterminados, embora comum a todos os ramos do Direito, assume excepcional relevância quando se trata de normas de Direito Administrativo, visto que a aplicação desses conceitos é realizada pela própria Administração, diferentemente do Direito Civil e Penal, em que o Poder Judiciário detém exclusividade na aplicação da lei ao caso em concreto mediante a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados.

É justamente diante dessa observação que decorre a necessidade de realçar que a interpretação e aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, em qualquer esfera de poder, constituem atividade estritamente vinculada à lei, pois, admitir qualquer espaço de apreciação aos seus agentes, “significaria alargar o campo da discricionariedade ao Tatbestand legal e com isso se estaria a aplicar um grave golpe nas garantias do cidadão que o Estado de Direito não admite”.<sup>527</sup>

Evidentemente que não se está aqui a defender que toda e qualquer conduta por parte da Administração não possa ser pautada em juízo de conveniência e oportunidade, pois se estaria afrontando com esta ideia os próprios ditames constitucionais que exigem uma administração eficiente, dinâmica e interveniente. Legítima é a discricionariedade administrativa nas situações que envolvem a densificação dos conceitos de prognose, ou seja, aqueles cujo preenchimento do conteúdo vago de determinada norma demanda uma avaliação de pessoas, coisas ou processos sociais, por meio de um juízo de aptidão, ou, ainda, naquelas situações em que a lei, antecipadamente, é expressa quanto à existência de mais de uma opção válida perante o Direito, a exemplo das nomeações em cargos de provimento em comissão.

Excluídas essas hipóteses, a interpretação e aplicação de normas que contenham conceitos indeterminados por parte da Administração, é tarefa que importa um juízo de juridicidade e não de mera apreciação pautada em juízo de conveniência e oportunidade, razão pela qual está sempre sujeita ao controle jurisdicional.

---

<sup>527</sup> SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.80.

O simples fato de a norma, na grande maioria das vezes, conter conceitos indeterminados, sejam eles de experiência (v.g. “força maior”, “segurança pública”) ou de valor (v.g. “moralidade”, “boa-fé”),<sup>528</sup> decorre da constatação de que é impossível ao legislador determinar, de maneira precisa, todas essas realidades.

No entanto, a aplicação dos conceitos jurídicos indeterminados, com a determinação concreta de opções previstas abstratamente no texto legal, não decorre do exercício de uma competência discricionária. Nesse sentido, “ou se dá ou não se dá o conceito; ou há boa-fé ou não há; ou o preço é justo ou não é; ou faltou-se a probidade ou não se faltou”.<sup>529</sup>

No processo de interpretação e aplicação do conceito de *improbidade administrativa* contido no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, o administrador está diante de norma que contém conceito de valor (probidade), e que depende de exercício interpretativo para o alcance de seu sentido (moralidade), que por sua vez está sujeito a variações de acordo com o tempo e o espaço.

Assim, ao desenvolver o processo de interpretação do conceito, o administrador deve buscar um entendimento comum acerca da moralidade, aceito pelo meio social, e demonstrar, por meio de uma escorreita motivação, que a resposta é “correta-adequada-à-Constituição”<sup>530</sup>, não lhe sendo possível adotar este ou aquele conceito guiado por uma liberdade subjetiva.

Ou o servidor é probo ou é ímprobo. Não há como se admitir que nesse processo de análise da norma estejam presentes percepções como “meio probo” ou “meio ímprobo”, sob o risco da desintegração de qualquer sentido para o valor em referência (probidade). Ou, em

---

<sup>528</sup> Parte da doutrina classifica os conceitos indeterminados em conceitos de valor e conceitos de experiência. Celso Antonio Bandeira de Mello afirma que “a finalidade aponta para *valores*, e as palavras (que nada mais são além de rótulos que recobrem as realidades pensadas, ou seja, vozes designativas de conceitos) ao se reportarem a um *conceito de valor*, como ocorre na finalidade, estão se reportando a conceitos plurissignificativos (isto é, conceitos vagos, imprecisos, também chamados de fluidos e indeterminados) e não unisignificativos”. (MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.19). Para Regina Helena Costa, “Os conceitos jurídicos indeterminados podem ser classificados em conceitos de experiência e de valor e, conforme pretendemos demonstrar, quando se tratar de conceitos de experiência, o administrador, após socorrer-se do processo interpretativo, torna preciso o conceito, não lhe restando qualquer margem de liberdade de escolha de seu significado. Quando estivermos diante de conceitos de valor, diversamente, caberá àquele, terminada a interpretação, uma vez restando ainda um campo nebuloso do conceito que esta não foi suficiente para eliminar, definir o conceito por intermédio de sua apreciação subjetiva, que outra coisa não é que a própria discricionariedade”. (COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.29, p.98, 1988).

<sup>529</sup> ENTERRÍA, Eduardo Garcia de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.465.

<sup>530</sup> STRECK, Lenio Luiz. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Jûris, 2009.

outras palavras, isso “não quer dizer que pelo fato das pessoas nem sempre conseguirem alcançar (ser) a virtude (dever-ser), esta, em si mesma, deva ser graduada. Só há sentido para o valor em sua aplicação bipolar com o respectivo desvalor; qualquer graduação neste percurso desintegra a própria significação do termo”.<sup>531</sup>

O fato é que, para a delimitação do conceito de *improbidade* contido no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, mostra-se imprescindível a atuação do intérprete. Ocorre que este, a depender de suas pré-compreensões e das características do caso concreto, pode apresentar solução completamente diversa daquela que seria adotada por outro intérprete, inserido em outras circunstâncias.

Ou seja, em se tratando de improbidade administrativa, não é admissível, do ponto de vista jurídico, que a conduta reconhecidamente culposa enseje a aplicação da mesma enérgica sanção que merece a conduta comprovadamente dolosa, caracterizadora do ato de improbidade administrativa; o ato havido por negligente, imprudente ou imperito (culposos) não se alça ao nível de ato ímprobo para receber a punição que a este último se comina, dada a impossibilidade da responsabilização objetiva dos agentes públicos, na forma do que dispõe o parágrafo 6.º do artigo 37 da Constituição Federal.<sup>532</sup>

Portanto, a estatuição genérica “improbidade administrativa”, constante do inciso IV do artigo 132, da Lei n.º 8.112/90, deixa o servidor público em completa insegurança quanto ao cometimento do ilícito denominado improbidade administrativa, dando ensejo a promoções

---

<sup>531</sup> CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico**: direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005. p.79.

<sup>532</sup> O termo “improbidade”, por sua própria significação, pressupõe o elemento volitivo do agente. A conduta desonesta é informada pela culpa (em sentido amplo) do agente. Portanto, não há como se reconhecer a responsabilidade objetiva dos agentes públicos em matéria de improbidade administrativa. Nesse sentido, Francisco Octávio de Almeida Prado entende que “Probidade significa honradez, honestidade. Improbidade é desonestidade, ausência de honradez. O termo que o constituinte se serviu para designar a categoria de ilícito que se quis instituir tem carga significativamente acentuada, que interfere profundamente com o elemento subjetivo das condutas configuradoras de improbidade administrativa. O elemento subjetivo é o vínculo psicológico, o nexos subjetivo que une o agente ao resultado. A improbidade pressupõe, sempre, um desvio ético na conduta do agente, a transgressão consciente de um preceito de observância obrigatória. Não deve, pois, existir ato de improbidade, ainda que de caráter omissivo, sem impulso subjetivo, sem propósito de violação de um dever jurídico – dever este tomado na sua acepção mais ampla, compreendendo tanto a transgressão direta à fórmula literal do preceito legal como a contrariedade velada, que importa desvio em relação aos fins legais ou desatendimento aos motivos legalmente qualificados”. (PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **“Improbidade administrativa”**. São Paulo: Malheiros, 2001. p.37). Por sua vez, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consagra o entendimento de que os tipos previstos nos artigos 9, e 11 da Lei n.º 8.429/92 (que coíbem o enriquecimento ilícito e o atentado aos princípios da Administração Pública) somente se caracterizam mediante dolo, e ao menos culpa grave nos termos do artigo 10 (danos ao erário), na maneira em que não se admite, nestas hipóteses, a responsabilidade objetiva dos agentes públicos. (Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon>>. Acesso em: 16 dez. 2015).



sancionatórias que podem resvalar para motivações subjetivas, o que indica afronta ao princípio da segurança jurídica<sup>533</sup>, e ao devido processo legal.

No entanto, e considerando que as alterações desse quadro só podem ocorrer com a manifestação responsável do legislador ordinário, ou até mesmo com a declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos da Lei n.º 8.112/90, segue-se com a pesquisa, na tentativa de encontrar soluções que permitam assegurar aos servidores públicos a garantia do devido processo legal.

Não se desconhece que o sistema jurídico não raro necessita da vagueza semântica, como condição para amoldar as ações típicas às novas situações, impossíveis de serem previstas quando da elaboração do texto por parte do legislador. Desse modo, a expressão “vagueza socialmente típica”, formulada por Cláudio Luzzati<sup>534</sup>, indica, segundo o autor, os casos em que o legislador se utiliza de expressões programaticamente vagas, verificáveis quando “algum termo”, segundo certa interpretação, exprime um conceito valorativo cujos critérios aplicativos não são sequer determináveis, senão mediante a referência aos variáveis parâmetros de juízos e às mutáveis tipologias da moral social e do costume.

O critério que deve ser utilizado para a interpretação e aplicação das normas vagas será formado por valores objetivamente assentados pela moral social, e ao qual o intérprete é reenviado. Trata-se de utilizar “valorações tipicizantes das regras sociais”, porque o legislador abdicou de determinar diretamente os critérios (mesmo que parciais) para a qualificação dos fatos, fazendo implícito ou explícito reenvio a parâmetros variáveis no tempo e no espaço (regras morais, sociais e de costumes).<sup>535</sup>

A técnica dos termos jurídicos indeterminados, fundamentalmente, enseja a possibilidade de “circunscrever, em determinada hipótese legal (estatuição), uma ampla variedade de casos

---

<sup>533</sup> Segundo Gilmar Ferreira Mendes: “O princípio da segurança jurídica, elemento fundamental do Estado de Direito, exige que as normas restritivas sejam dotadas de clareza e precisão, permitindo que o eventual atingido possa identificar a nova situação jurídica e as consequências que dela decorrem. Portanto, clareza e determinação significam cognoscibilidade dos propósitos do legislador”. (MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999. p.39-40). No mesmo sentido de que a indeterminação conceitual dos tipos disciplinares viola o princípio da segurança jurídica, Heleno Taveira Tôrres afirma que: “[...] e um direito será definido como ‘seguro’ quando dele possa decorrer previsibilidade, pela certeza, previsibilidade, legalidade, respeito à hierarquia normativa e publicidade, e quando fique garantida a isonomia, a irretroatividade do não favorável, e a interdição da arbitrariedade. Com isso, figuram como inteiramente incompatíveis atuações discricionárias da Administração, bem como o uso de conceitos indeterminados”. (TÔRRES, Heleno Taveira. **Limites do planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2001. p.133).

<sup>534</sup> Apud MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.315.

<sup>535</sup> Ibid., p.383.

cujas características específicas serão formadas por via jurisprudencial, e não legal”, do qual deflui a possibilidade, também em determinados casos, de que os próprios efeitos sejam determinados por decisões jurisprudenciais.<sup>536</sup>

Disso decorre que, nas situações em que ocorram dúvidas acerca do enquadramento de determinados casos em cláusulas gerais ou em termos jurídicos indeterminados, “em situações enquadradas na chamada área periférica de tais dispositivos, decisão só poderá ser tomada pelo Poder Judiciário”.<sup>537</sup>

E essa reserva de cognição exclusiva por parte do Judiciário se torna mais evidente nas disposições normativas que tipificam infrações administrativas disciplinares, como é o caso de improbidade administrativa, dada a severidade das sanções daí decorrentes, e que nessas condições não podem enveredar pelo caminho da incerteza intolerável, absurda ou insuprível.

## 5.5 CONSIDERAÇÕES FINAIS DO CAPÍTULO

O artigo 40, § 1.º, II da Constituição, apresenta-se como garantia ao servidor público estável, que somente poderá perder o cargo público mediante processo administrativo disciplinar em que lhe seja assegurado a ampla defesa.

Nessas condições, os capítulos IV e V da Lei n.º 8.112/90 devem reconstruir o regime e o processo administrativo disciplinar à imagem e semelhança da Constituição, sob pena de transformar o remédio (garantia do servidor) em verdadeiro veneno. Ou, em outras palavras, o artigo 40, § 1.º, II, da Constituição Federal, tem por finalidade a garantia dos direitos do servidor público estável, em face da competência disciplinar da Administração Pública, não se prestando a conferir legitimidade a procedimentos meramente formais, visto que, nessa condição, estaria atuando como instrumento de restrição aos referidos direitos.

Como antes demonstrado, os capítulos IV e V da Lei n.º 8.112/90 ostentam vícios de inconstitucionalidade, que lhes retiram a segurança jurídica, em verdadeira afronta ao artigo 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, e, como tal, não se apresentam válidos a legitimar o exercício da competência disciplinar da Administração Pública. Em decorrência do princípio

---

<sup>536</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.272.

<sup>537</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.27, n.57, p.20, 2003.

da supremacia da Constituição, nenhuma lei poderá subsistir validamente no ordenamento jurídico se for com ela incompatível.

No entanto, e como já afirmado neste trabalho, para assegurar a supremacia da Constituição, a própria ordem jurídica contempla diversos mecanismos para invalidar, e até mesmo paralisar os efeitos dos atos contrários ao texto constitucional, ou seja, para propiciar o controle de constitucionalidade dos referidos atos, tornando-se possível a preservação da sua normatividade, quando for viável a interpretação conforme a Constituição.

Essa incide: (i) tanto em face do controle de constitucionalidade, mediante o qual o tribunal confere interpretação que melhor se compatibiliza com a Constituição, afastando outras interpretações contrárias que também poderiam ser extraídas do mesmo enunciado normativo; e (ii) como técnica de interpretação, mediante a qual, dentre as várias interpretações possíveis, deve-se adotar aquela que melhor se coaduna com os fins e valores da Constituição Federal.

Diante dessas condições, o exercício da competência disciplinar da Administração Pública, ressalvados os casos de improbidade administrativa, somente se apresentará legítimo caso o procedimento estabelecido na Lei n.º 8.112/90 for interpretado conforme o artigo 5.º, incisos LIV e LV, de maneira a assegurar os fins e valores consagrados na Constituição Federal. Na verdade, nessa hipótese em que se exige uma interpretação mais conforme a Constituição, não há que se cogitar de qualquer discricionariedade, existindo vinculação do administrador à opção que melhor concretiza o texto constitucional.

Já no que se refere à improbidade administrativa, embora o artigo 40, § 1.º, II da Constituição Federal disponha que o servidor público possa perder o cargo mediante o processo administrativo disciplinar, o artigo 37, § 4.º da própria Constituição, regulamentado pela Lei n.º 8.429/92 judicializou a matéria, ao estabelecer, no artigo 20, que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”. Ou seja, a Lei de Improbidade, de matriz constitucional, assegurou ao servidor público a garantia da reserva intransponível da jurisdição, que não pode ser excluída pelo legislador muito menos pelo administrador.

Em vista dessa constatação, e como nenhuma lesão ou ameaça de lesão a direito poderá deixar de ser apreciada pelo Poder Judiciário, somente o regime sancionador e o procedimento judicial estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa, apresentam-se como legítimos a assegurar aos servidores públicos acusados por ato de improbidade administrativa a garantia do devido processo legal, como se demonstrará no capítulo seguinte.

## **6 A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO NO CONTROLE DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA – CONDIÇÃO DE INTEGRIDADE E COERÊNCIA DO DIREITO**

Como demonstrado no capítulo anterior, a atual estrutura do regime disciplinar e a do processo administrativo disciplinar dos servidores públicos federais (capítulos IV e V da Lei n.º 8.112/90) ostentam vícios de inconstitucionalidade e, por isso, não se apresentam em condições válidas a legitimar o exercício da competência disciplinar da Administração Pública, nem hábeis para materializar, efetiva e integralmente, as garantias constitucionais dos servidores públicos em eventual acusação por ato de improbidade administrativa.

Considerada a premissa e, em razão do direito fundamental à prestação jurisdicional efetiva em caso de lesão ou ameaça de lesão a direito, o objetivo do presente capítulo se volta a demonstrar que o regime sancionador e o procedimento judicial estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa, por estarem em conformidade com a Constituição Federal, são os únicos com capacidade de assegurar aos servidores públicos acusados por ato de improbidade administrativa, o devido processo legal e as garantias que lhe são inerentes, especialmente a segurança jurídica e presunção de inocência.

Inicialmente, objetiva-se demonstrar que a Lei de Improbidade Administrativa, de matriz constitucional, revogou tacitamente o artigo 132, IV do Estatuto dos Servidores Públicos, excluindo-o do regime sancionatório estatal, e, nessa condição, o servidor somente poderá ser demitido por improbidade administrativa, quando cometer ato previsto em um dos tipos legais estabelecidos nos artigos 9, 10, e 11 da Lei n.º 8.429/92.

Posteriormente, a pesquisa se volta a demonstrar que a Lei de Improbidade Administrativa, ao integrar o regime constitucional da Administração Pública, apresenta-se como instrumento de garantia dos servidores públicos perante a competência disciplinar da Administração Pública, ao condicionar os efeitos das decisões proferidas nos procedimentos punitivos por ato de improbidade administrativa à reserva intransponível da jurisdição.

Assim, o devido processo legal, materializado na Lei de Improbidade Administrativa, passa a ser o abrigo e a proteção dos servidores públicos, como condição de realização dos valores constitucionais, não se equiparando, portanto, ao procedimento meramente formal estabelecido no capítulo V, da Lei n.º 8.112/90.

Por fim, o estudo será direcionado a apresentar propostas para a releitura do controle da competência da Administração Pública, a partir da concepção de juridicidade, com a relevante

contribuição da proposta hermenêutica de Ronald Dworkin, traduzida na “interpretação construtiva”, que o autor entende ser indispensável para o estabelecimento de critérios e condição de justificação das decisões jurídicas no âmbito do Direito, especialmente quando da ocorrência de divergências interpretativas, como é o caso dos artigos 132, inciso IV do Estatuto do Servidor Público e do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

#### 6.1 A REVOGAÇÃO TÁCITA DO INCISO IV DO ARTIGO 132 DA LEI N.º 8.112/90

Como já mencionado, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 37, § 4.º, estabelece que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Quatro anos após a entrada em vigor da Constituição, foi promulgada a Lei n.º 8.112/90, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União, que prevê especificamente no inciso IV do artigo 132, a penalidade de demissão ao servidor público que tenha violado o dever de probidade.

Posteriormente, mais precisamente em 2 de junho de 1992, visando regulamentar o disposto no artigo 37, § 4.º da Constituição Federal, foi editada a Lei n.º 8.429/92, que estabelece em seu artigo 1.º, que “os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a Administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, [...] serão punidos na forma desta lei”.

Observa-se que o legislador, em lei específica posterior (Lei de Improbidade Administrativa), regulamentou o disposto no parágrafo 4.º do artigo 37 da Constituição Federal, estabelecendo a forma e gradação em que se dará à suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário em caso de ato de improbidade administrativa. Ao mesmo tempo, o legislador também estabeleceu nos artigos 9 (incisos I a XII), 10 (incisos I a XXI), e 11 (I a IX) da referida Lei, parâmetros normativos seguros para a correta tipificação da conduta proibitiva, reduzindo sensivelmente a indeterminação da expressão “improbidade administrativa”.

Considerando a coexistência de duas leis incidindo sobre situação conceitualmente idêntica (improbidade administrativa), e que a Lei de Improbidade Administrativa não revogou expressamente disposições da Lei n.º 8.112/90 (estatuto do servidor público), surge o problema de estabelecer qual das leis deve regular a matéria.

Com base nessas premissas, busca-se verificar, com base no artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, se houve ou não revogação tácita de disposições contidas nos títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90, que tratam, respectivamente, do regime disciplinar e do processo administrativo disciplinar, especificamente no que se refere à tipificação da conduta e aplicação da sanção de demissão por atos de improbidade administrativa.

O ato de revogar é atividade tipicamente legislativa, que, em síntese, significa declarar ou tornar sem efeito determinado ato normativo estatal. Acerca da revogação, o artigo 2.º da Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro contém o chamado princípio da continuidade, segundo o qual, não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue. O parágrafo 1.º do referido artigo prescreve que a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare (revogação expressa), seja com ela incompatível ou regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (revogação tácita ou indireta).<sup>538</sup>

A cessação tácita ou indireta do texto legal anterior pode ocorrer de dois modos distintos: ou a lei nova encerra disposições incompatíveis com as da lei anterior, podendo a revogação ser parcial (derrogação), ou a nova lei regula totalmente a matéria que era regulada pela lei anterior precedente, caso em que a revogação desta é sempre total (ab-rogação).<sup>539</sup>

No caso que se analisa, coube à Lei n.º 8.429/92 regular a forma e gradação em que se dará a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário em caso de ato de improbidade administrativa. Não se está a falar de lei aleatória, mas de matriz constitucional, pois coube a ela regular o disposto no § 4.º do artigo 37 da Constituição Federal.

E ao regular inteiramente a matéria (improbidade administrativa), estabelecendo os procedimentos que deverão ser observados para a aplicação das sanções (artigos 14 a 20), bem como parâmetros normativos seguros para a correta tipificação da conduta proibitiva (artigos 9.º, 10 e 11), a Lei n.º 8.429/92 revogou tacitamente algumas das disposições contidas nos títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90, que tratavam a matéria em termos abstratos e gerais.

---

<sup>538</sup> Segundo a concepção clássica da doutrina, a revogação pode ser expressa, tácita, de fato, total ou parcial. “A forma expressa entende-se que nova norma tratará de descrever e explicitar a revogação que pretende realizar. Na forma tácita, a revogação será implícita e poderá resultar de incompatibilidade da nova norma com alguma anterior. A revogação de fato se dará quando a norma cai em desuso. Todas as formas citadas acima poderão acontecer de forma total ou parcial, ou seja, a reforma quando total excluirá o texto anterior na íntegra, já a alteração parcial eliminará apenas trechos do dispositivo”. (DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2011. p.17).

<sup>539</sup> SPÍNOLA, Eduardo; SPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro**. Atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.63.

Não se está a defender a revogação total do Estatuto do Servidor Público; a incompatibilidade que aqui se defende é ligada ao fato de que o Estatuto do Servidor Público Federal (lei anterior), não estabeleceu padrões normativos que pudessem definir, com a mínima segurança, o comportamento proibitivo (improbidade), ou seja, não descreveu no inciso IV do artigo 132<sup>540</sup> quais são as condutas abrangidas pelo tipo. Isto apenas veio a ser feito pela Lei de Improbidade Administrativa (artigos 9, 10 e 11 da nova lei); e não poderia ser diferente, pois, nos termos da Constituição Federal, ficou ela responsável por tal desiderato.

Não fosse isso, a incompatibilidade entre o Estatuto (lei anterior) e a Lei de Improbidade Administrativa (lei nova), se revela, também, quanto ao procedimento legal a ser observado na aplicação da sanção de perda do cargo público, pois enquanto no Estatuto (lei anterior) a sanção é aplicada imediatamente após a decisão proferida no processo administrativo disciplinar, na Lei de Improbidade Administrativa (lei nova) a aplicação da sanção está condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória (art. 20).

Assim, com a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa, nenhuma outra lei poderá dispor sobre os tipos e as hipóteses de improbidade administrativa, tampouco sobre o procedimento a ser observado quando da aplicação da sanção, pois coube à referida Lei regulamentar o § 4.º do art. 37 da Constituição Federal, fixando, de forma ampla, os casos que são reprimidos e estabelecendo as condições para a aplicação das sanções.

Oportunas, nesse sentido, são as observações de Eduardo Spínola:

O segundo modo de ab-rogação tácita ocorre quando a lei posterior regula toda a matéria contida nos dispositivos da anterior. Se uma lei geral, por exemplo, um Código, regula inteiramente o instituto de que se ocupava a lei precedente, se ambas desenvolvem dispositivos sobre a mesma matéria, é bem possível que, na antiga, se encontrem alguns artigos, que se não mostrem de todo incompatíveis com as disposições da nova.

Surge, nesse caso, a questão: aqueles dispositivos particulares da lei anterior, que se podem conciliar com as regras consignadas na posterior, perdem a sua eficácia?

Assim se deve entender, quando se trate de uma lei geral, de um código regulando inteiramente a matéria que se regia pela lei geral anterior, ou pelo código antes vigente.<sup>541</sup>

Analisando o processo administrativo disciplinar e o enquadramento da improbidade administrativa, Mauro Roberto Gomes de Mattos entende que a Lei de Improbidade Administrativa, por ser posterior à Lei que disciplina o Regime Jurídico dos Servidores Públicos, teria revogado

<sup>540</sup> Art. 132. A demissão será aplicada nos seguintes casos: IV – improbidade administrativa;

<sup>541</sup> SPÍNOLA, Eduardo; SPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro**. Atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995. p.63-64.

tacitamente os dispositivos legais que se referissem ao ato de improbidade administrativa no estatuto funcional, uma vez que não houve revogação expressa. Para autor,

Com matriz constitucional, a Lei de Improbidade Administrativa é o único comando legal que regula inteiramente a matéria, tendo revogado tacitamente todos os dispositivos legais dos Estatutos dos Funcionários Públicos que previam de forma esparçada a improbidade administrativa como uma das infrações, punindo o servidor público com a perda da função pública, com a consequente demissão ou exoneração.<sup>542</sup>

Nessas condições, com a entrada em vigor da Lei n.º 8.429/92, é ilegal o indiciamento do servidor público federal com base na redação genérica de “improbidade administrativa” que menciona o inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, bem como a sua demissão direta, por parte da Administração, antes do trânsito em julgado da decisão judicial, por força da revogação tácita, na forma do artigo 2.º, § 1.º, da Lei de Introdução ao Código Civil.

É de se esclarecer que a revogação ocorrida com a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa atinge tão somente o artigo 132, IV do Estatuto Federal. Diante disso, o servidor público federal somente poderá ser demitido por improbidade administrativa quando cometer ato previsto em um dos tipos legais estabelecidos nos artigos 9.º, 10, e 11 da Lei n.º 8.429/92.

Está excluída do regime sancionatório estatal, portanto, a figura aberta do inciso IV, 132 da Lei 8.112/90, que além de deixar o servidor público em completa insegurança quanto ao cometimento do ilícito denominado *improbidade administrativa*, dava margem à noção equivocada de discricionariedade e ensejo à aplicação de sanções com base em motivações subjetivas.

Dessa forma, a Administração Pública continua no dever de exercer a sua competência disciplinar, valendo-se do processo administrativo para apurar eventuais condutas consideradas ímprobas de seus servidores.

No entanto, em observância à cláusula do devido processo legal, deverá observar a tipificação do ato ímprobo contida nos artigos 9.º, 10, 11 da Lei n.º 8.429/92, e, ainda, aguardar o trânsito em julgado da decisão judicial, na forma do que dispõe o artigo 20 da referida Lei.

---

<sup>542</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Processo administrativo disciplinar e enquadramento da improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.10, n.546, 4 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6104>>. Acesso em: 14 abr. 2016.



## 6.2 A RESERVA INTRANSPONÍVEL DA JURISDIÇÃO – O DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL

Como antes afirmado, ao mesmo tempo em que o Estatuto dos Servidores Públicos Federais (Lei n.º 8.112/90) prevê a possibilidade de demissão do servidor público acusado de improbidade administrativa, mediante processo administrativo disciplinar, a Lei de Improbidade Administrativa (Lei n.º 8.429/92), em seu artigo 20, condicionou a perda da função pública ao trânsito em julgado da sentença judicial condenatória.

Com a entrada em vigor da Lei de Improbidade Administrativa, passou-se a questionar se é possível a aplicação da pena de demissão por ato de improbidade administrativa com base apenas na decisão da Administração Pública, ou se é necessário aguardar o trânsito em julgado da sentença em processo judicial.

Nesse sentido, prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que a aplicação da sanção administrativa disciplinar de demissão do servidor público pela prática de ato de improbidade, apurada em processo administrativo disciplinar em que sejam asseguradas as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, independe de decisão judicial transitada em julgado na instância judicial.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do agravo regimental, no recurso ordinário em mandado de segurança n.º 28.919/DF, no qual atuou como Relator o Ministro Dias Toffoli, em decisão publicada em 16 de dezembro de 2014, analisando a alegação do recorrente quanto à necessidade de sentença judicial para poder ser aplicada a penalidade de demissão em casos de improbidade administrativa na forma do artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, assentou a “unanimidade” que:

A jurisprudência da Corte é pacífica no sentido da independência entre as instâncias cível, penal e administrativa, não havendo que se falar em violação aos princípios da presunção de inocência, e do devido processo legal, pela aplicação de sanção administrativa por descumprimento de dever funcional fixada em processo disciplinar legitimamente instaurado antes de finalizado o processo cível ou penal em que apurados os mesmos fatos.<sup>543</sup>

---

<sup>543</sup> Precedentes invocados no acórdão: MS 22.899/SP-AgR, Relator o Ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ de 16/5/03; MS 22.534/PR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 10/9/99; RMS 24.791/DF, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ de 11/6/04; MS 21.705/SC, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, DJ de 16/4/96. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 16 out. 2015).

Esse entendimento, que prevalece na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem como fundamento o princípio da independência das instâncias, afirmado no artigo 125 da Lei n.º 8.112/90, que dispõe que as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si; o artigo 12, *caput* da Lei n.º 8.429/92, que dispõe que o responsável pela prática do ato de improbidade administrativa está sujeito as penalidades previstas na referida lei, independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, e, também, o disposto no inciso II do parágrafo 1.º do artigo 41 da Constituição Federal, que estabelece que o servidor público estável pode perder seu cargo mediante processo administrativo disciplinar em que lhe seja assegurada a ampla defesa.<sup>544</sup>

Na doutrina, esse entendimento também se faz fortemente presente. Wallace Paiva Martins Júnior manifesta entendimento no sentido de que a Lei n.º 8.429/92 não revogou a Lei n.º 8.112/90 quanto ao regime disciplinar e ao processo administrativo disciplinar, especialmente no que diz respeito à reprimenda por improbidade, pois as instâncias judicial e administrativa são independentes e distintas no aspecto da consentânea repressão às condutas ilegais cometidas por agentes públicos.<sup>545</sup>

Para o autor, “as hipóteses de atos de improbidade administrativa não excluem a conceituação legal do fato delineada nos estatutos do funcionalismo federal, estadual e municipal”. O autor faz questão de salientar que a previsão da imposição judicial das sanções por improbidade administrativa, nos autos da ação própria, “não significa que a Lei n.º 8.429/92

---

<sup>544</sup> No mesmo sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: No mandado de segurança n.º 14.938/DF, Relator o Ministro Leopoldo de Arruda Raposo, a 3.ª Seção do STJ, em 09 de setembro de 2015, analisando a alegação da necessidade de sentença judicial para poder ser aplicada a penalidade de demissão em casos de improbidade administrativa, assentou a unanimidade que “[...] A independência das instâncias cível, penal e administrativa permite a aplicação da pena de demissão na hipótese em que o servidor público praticar ato de improbidade, à luz da Lei 8.112/90, apurado em prévio processo administrativo disciplinar”. Outros precedentes: MS 17537/DF, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. para o Acórdão Min. Mauro Campbell Marques, primeira seção, julgado em 11/03/2015; MS 17666/DF, Rel. Ministra Assusete Magalhães, primeira seção, julgado em 10/12/2014; MS 17535/DF, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira seção, julgado em 10/09/2014. DJe 15/09/2014 (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon>>. Acesso em: 16 out. 2015).

<sup>545</sup> MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Proibidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.179. Outro não é o entendimento de Fábio Medina Osório, para quem “Nesta medida, é indubitado que “a Lei n.º 8.429/92 instituiu normas de direito material e processual tendentes a punir aqueles que praticam improbidade administrativa na esfera cível lato sensu e criminal, independente e cumulativamente, seguindo a tradição do ordenamento jurídico pátrio que sempre buscou preservar a autonomia dos ramos do direito civil, penal e administrativo”. (OSÓRIO, Fábio Medina. Observações sobre improbidade dos agentes públicos à luz da Lei 8.429/92. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.740, p.109, jun. 1997).

tenha instaurado uma instância única para julgar os atos ímprobos e nem que se tenha retirado à competência administrativa, no mesmo particular, derivada do poder disciplinar”.<sup>546</sup>

Com o respeito aos Ministros do Supremo Tribunal Federal e aos autores aqui citados, essa interpretação restritiva e reducionista revela-se contraditória aos valores constitucionais, e vulnera a segurança jurídica dos servidores públicos, sujeitos à competência disciplinar da Administração Pública em matéria de improbidade administrativa.

Manifestou-se anteriormente o entendimento no sentido de que, embora a Administração Pública possa exercer a sua competência disciplinar, valendo-se do processo administrativo disciplinar para apurar eventuais condutas consideradas ímprobas de seus servidores, deve, em observância à cláusula do devido processo legal, observar a tipificação do ato ímprobo contida nos artigos 9.º, 10, 11 da Lei de Improbidade, assim como aguardar, na conclusão do processo administrativo disciplinar, o trânsito em julgado da decisão judicial, na forma do que dispõe o artigo 20 da referida Lei, como maneira de assegurar a presunção de inocência e a segurança jurídica.

O artigo 20 da Lei de Improbidade tem por finalidade eliminar a insegurança jurídica dos servidores acusados de improbidade administrativa, quando submetidos ao regime disciplinar e ao procedimento administrativo regulados nos títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90, com as mazelas que lhe são peculiares e que afrontam a cláusula constitucional do devido processo legal, conforme já abordado neste trabalho. Trata-se de assegurar aos servidores públicos maiores garantias materiais e processuais que visam evitar equívocos ou arbítrios por parte da Administração, especialmente no exercício da sua competência disciplinar.

Nessas condições, a Lei de Improbidade administrativa se apresenta como garantia dos servidores públicos ante a competência disciplinar da Administração Pública, condicionando os efeitos das decisões proferidas nos procedimentos punitivos por ato de improbidade administrativa à reserva intransponível da jurisdição; o devido processo legal substancial, materializado na Lei de Improbidade Administrativa, passa a ser o abrigo e a proteção dos servidores, condição

---

<sup>546</sup> MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001. p.179-180. Ver também no mesmo sentido: OSÓRIO, Fábio Medina. **Improbidade administrativa**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998. p.421. Também: Antonio Carlos Alencar Carvalho, para quem “a doutrina pátria e a jurisprudência de nossos tribunais entendem, de forma dominante, que a Administração Pública pode, sim, demitir servidor, ao considerar que ele tenha cometido ato de improbidade [...]. A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade”. (CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Demissão de servidor público por prática de ato de improbidade administrativa sob a ótica da jurisprudência dos tribunais superiores e da doutrina. **Jus Navigandi**, Teresina, v.11, n.1582, 31 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10567>>. Acesso em: 20 jan. 2016.).

de realização dos valores constitucionais, não se apresentando, portanto, como um “mero” procedimento formal.

Portanto, em atenção à cláusula constitucional do devido processo legal, tanto o regime sancionador como o procedimento judicial previstos na Lei de Improbidade Administrativa devem ser observados para a verificação, processamento e aplicação da perda da função pública aos servidores públicos, nos casos de improbidade administrativa. Essa é a interpretação que se faz do artigo 20 da Lei de Improbidade, na sua devida e verdadeira extensão, ou seja, na sua eficácia de proteção aos direitos e às garantias individuais dos servidores públicos.

Evidentemente que essa compreensão está a exigir do intérprete o desapego das ideias clássicas de legalidade, da autonomia das instâncias, da autotutela, de prerrogativas especiais, que implicam a atribuição de potestade punitiva absoluta à Administração, próprias do período em que as funções de julgar e punir eram exclusividade do Poder Executivo<sup>547</sup>, ou seja, numa época em que não se atribuía aos direitos subjetivos o sentido e a dimensão que o constitucionalismo contemporâneo lhes reconhece.

Os direitos subjetivos só vão atingir significado jurídico após o surgimento da ideia de controle do poder estatal, o que se faz pela via da jurisdição, permitindo-se afirmar, com base nos ensinamentos de Nelson Saldanha, que os primeiros passos no sentido de se atribuir aos direitos subjetivos a extensão que hoje assumem, somente ocorrem com o surgimento da função jurisdicional do Estado:

O conceito de direito subjetivo, que parece ter faltado ao vocabulário medieval, emergiu dentro das coordenadas onde se incluem o individualismo burguês e a diluição das estruturas medievais. Ele contradizia, ao menos em potencial, a onipotência do Estado; ele armava o indivíduo de uma imagem juridicamente eficaz, apta a alimentar

---

<sup>547</sup> O panorama atual do direito administrativo não está distante das discussões inicialmente travadas na original concepção do direito administrativo elaborado pelo Conselho de Estado francês. Não raro os manuais de direito administrativo são pródigos em elencar as “prerrogativas especiais da Administração Pública”, as “cláusulas exorbitantes” estipuladas em seu favor nos contratos administrativos, com o que se garantem espaços de livre atividade e decisão em prol da Administração Pública e em desfavor de determinados particulares. Ocorre que essas expressões têm sua origem, em sua maioria, no século XIX, e, mesmo que com as devidas ressalvas feitas pela doutrina atual, a exemplo de Celso Antonio Bandeira de Mello (teoria do poder-dever), ainda mantêm o autoritarismo que lhes é inerente, impedindo a correta compreensão de diversas situações jurídicas ocorridas no trato com a Administração Pública. Foi em meio a todos esses resquícios de autoridade que surgiu a maioria dos conceitos que a doutrina e jurisprudência ainda insiste em trabalhar, como bem observado por Gustavo Binbenbojm: “Nesse contexto, as categorias básicas do direito administrativo, como a discricionariedade e sua insindicalidade perante os órgãos contenciosos, a supremacia do interesse público e as prerrogativas jurídicas da Administração, são tributárias deste pecado original consistente no estigma de suspeita de parcialidade de um sistema normativo criado pela Administração Pública em proveito próprio, e que ainda se arroga o poder de dirimir em caráter definitivo, e em causa própria, seus litígios com os administrados”. (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p.15).

suas pretensões, garantir sua dignidade, configurar sua qualidade autônoma. No indivíduo se encontravam prerrogativas e valores intrínsecos, que eram em latência uma área que se asseguraria a si mesma, agora, condições de afirmação institucional plena.<sup>548</sup>

O Estado Constitucional encontra seu fundamento na necessidade de proteção da sociedade contra as arbitrariedades do Poder Público e, nessa condição, o Poder Público passa a se submeter aos direitos subjetivos individuais<sup>549</sup>, assumindo o dever de preservá-los mediante as garantias que fundamentam o Estado Democrático de Direito, destacando-se a exclusividade da jurisdição estatal.

O controle do poder estatal, especialmente o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, “é uma das mais significativas características do Estado Constitucional, no qual se estabelece o trinômio, direitos subjetivos/jurisdição/processo como o tripé de apoio das liberdades, vistas como contenção do arbítrio e do abuso de poder”.<sup>550</sup>

Na hipótese que se analisa, coube à Lei de Improbidade Administrativa, de matriz constitucional, regular o disposto no § 4.º do artigo 37 da Constituição Federal. Ao estabelecer no artigo 20 que “a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória”, a Lei assegurou ao servidor público a garantia de uma reserva intransponível da jurisdição, que não pode ser excluída pelo legislador (estatuto do servidor), pelo juiz, muito menos pelo administrador; trata-se, portanto, de conferir plena aplicação ao preceito constitucional segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de lesão a direito” (artigo 5.º, XXXV, da CRFB/88).

A exceção ao princípio da exclusividade da jurisdição, estabelecida no artigo 41, § 1.º, inciso II da Constituição Federal, no sentido de que o servidor pode perder o cargo mediante processo administrativo no qual que lhe seja assegurada a ampla defesa, não se aplica àquelas condições em que a conduta proibitiva imputada for improbidade administrativa.

Primeiro, porque o inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90 contém expressão aberta, indeterminada, frustrando por completo as expectativas da segurança jurídica e certeza do direito;

---

<sup>548</sup> SALDANHA, Nelson. **Estado de direito, liberdades e garantias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980. p.62-63.

<sup>549</sup> Como bem observa Carl Schmitt, o Estado de Direito caracteriza-se como “todo Estado que respeita sem condições o direito objetivo vigente e os direitos subjetivos que existam”. (SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México: Nacional, 1970. p.150).

<sup>550</sup> Trecho do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, no MS 17.515/DF. Terceira Seção. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

Segundo, porque o procedimento administrativo, estabelecido no título V do Estatuto do Servidor, ostenta graves vícios materiais de inconstitucionalidade, conforme já apontado neste trabalho, que acabam por transformar a garantia de que menciona o artigo 41 da Constituição Federal, em verdadeira restrição aos direitos fundamentais, ou em outras palavras, o remédio em veneno.

Nessas condições, até se poderia aventar a hipótese de que a Administração Pública, enquanto não realizadas as alterações legislativas necessárias a adequar o seu regime disciplinar, e o procedimento administrativo, às garantias constitucionais do devido processo legal estabelecidas na Constituição, não estaria, em qualquer circunstância, legitimada a aplicar penalidade de demissão aos servidores públicos. Desde que realizada a interpretação conforme a Constituição é perfeitamente possível. No entanto, esse não é o objetivo deste trabalho.

O que se está afirmar é que em caso de improbidade administrativa, diante dos vícios de inconstitucionalidade que permeiam o regime disciplinar, e diante do disposto no § 4 do artigo 37 da Constituição Federal, a perda do cargo público em caso de improbidade administrativa está condicionada ao trânsito em julgado da sentença condenatória, conforme dispõe o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

Trata-se de dispositivo legal, previsto em lei posterior à Constituição Federal, a qual coube regular totalmente a matéria, e que nessas condições goza de eficácia plena. O artigo 5.º, inciso II da Constituição Federal, vincula todos os poderes públicos (inc. II do art. 5.º da CF), e a aplicação da lei não pode ficar a critério da vontade do julgador.<sup>551</sup> Não há opção em aplicar ou não o artigo 20 da Lei de Improbidade, mesmo porque, até o presente, sua constitucionalidade não foi questionada perante o Supremo Tribunal Federal, sequer no sentido de se lhe atribuir outra interpretação que não a literal.

Portanto, em face da atribuição constitucional de competência ao Poder Judiciário para controlar, no mérito e na legalidade, os atos da Administração Pública, recolocando-a nos trilhos para que exerça suas atividades de modo adequado aos preceitos constitucionais, especialmente quando no exercício da competência disciplinar, exsurge o direito subjetivo do servidor público acusado de improbidade administrativa, de somente ter efetivada a sua demissão após o

---

<sup>551</sup> “A lei, numa democracia, impõe-se ao julgador. A sua aplicação não pode ficar a critério da vontade do julgador. Não há opção em aplicar ou não a lei. Ela somente pode ser desaplicada caso seja vislumbrada a sua inconstitucionalidade”. (ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial: o ato administrativo e a decisão judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p.473).

reconhecimento judicial da existência do ato ímprobo, restando limitado substancialmente, nessas situações, o poder sancionatório da Administração Pública.<sup>552</sup>

A necessidade de intervenção do Poder Judiciário no controle dos atos demissionais por ato de improbidade administrativa, que impõe à Administração Pública o dever de aguardar o trânsito em julgado da decisão, se sobressai mais ainda quando se observa que o dispositivo legal sancionador contido no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90 e até aqueles estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa (artigos 9.º, 10, e 11) carecem de objetividade suficiente para definir o tipo infracional, dada a utilização, por parte do legislador, de expressões vagas, fluídas e indeterminadas na caracterização do tipo.

A tipicidade aberta das normas sancionatórias acaba proporcionando ao administrador espaços generosos de movimentação no ato de sua interpretação e aplicação, gerando insegurança aos servidores públicos quando submetidos aos processos administrativos disciplinares, justificando-se, assim, a necessidade de assegurar-lhes maiores garantias materiais e processuais, que possam evitar a edição de atos arbitrários por parte da Administração.

Embora essa técnica legislativa seja comum a todos os ramos do Direito, assume excepcional relevância quando se trata de normas do Direito Administrativo Sancionador, em que a aplicação desses termos indeterminados é realizada pela própria Administração, atuando no seu próprio interesse, diferentemente do Direito Civil e Penal, nos quais ao Poder Judiciário é reservada a exclusividade na aplicação da lei ao caso em concreto, mediante a interpretação e aplicação dos textos jurídicos indeterminados.

Ao valer-se dos termos jurídicos indeterminados no Direito Administrativo Sancionador, o legislador pode ter várias intenções, “menos a de atribuir *ipso facto* um monopólio de interpretação e aplicação à Administração”. O simples fato de muitas vezes ser o administrador aquele que por primeiro irá formular o juízo acerca da interpretação legal, não o torna imune ao controle pelo Poder Judiciário, mesmo porque “a aplicação de termos jurídicos indeterminados resulta em uma única valoração correta que é naturalmente a melhor de todas”.<sup>553</sup>

Disso decorre que naquelas nas situações em que ocorram dúvidas acerca do enquadramento de determinados casos em termos jurídicos indeterminados, “em situações enquadradas na

---

<sup>552</sup> Trecho do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, no MS 18.666/DF. Terceira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

<sup>553</sup> SOUSA, António Francisco de. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994. p.80.

denominada ‘área periférica de tais dispositivos’ a palavra final só poderá ser dada pelo Poder Judiciário”.<sup>554</sup>

Essa reserva de cognição por parte do Judiciário se torna mais evidente ainda nas disposições normativas que tipificam a improbidade administrativa, dada a severidade das sanções daí decorrentes, e que nessas condições não podem enveredar pelo caminho da incerteza intolerável, ou insuprível. É justamente em razão dessas circunstâncias que se legitima a atuação do Poder Judiciário, visando conter os poderes da Administração Pública.

Ao mesmo tempo em que o Direito Sancionador confere ao Estado a competência para punir aquele que viola determinada conduta jurídica, impõe limitações ao próprio Estado, de maneira a assegurar a harmonia social. Nessas condições, a determinação técnica-jurídica do *ius puniendi* “é faculdade do Estado de acionar e de punir sempre em conformidade com as normas de direito, estabelecidas para garantir o alcance do seu objeto regularizador da sociedade e do bem comum”.<sup>555</sup>

O direito de punir do Estado revela o momento da *facultas agendi* que, nos casos de improbidade administrativa, ocorre com o trânsito em julgado da sentença condenatória. Assim, a competência disciplinar da Administração Pública “é restringida, para que possa o Poder Judiciário avaliar os elementos que serviram de base de sustentação para o indiciamento e processamento do servidor público”.<sup>556</sup>

Esse limite que é imposto por lei à competência disciplinar não significa que a Administração Pública não possa processar administrativamente o servidor, mesmo porque é seu dever fazê-lo; o que se está a afirmar é que a autoridade não pode demiti-lo enquanto não transitada em julgado a sentença judicial<sup>557</sup>, proferida em ação ajuizada pelo Ministério Público Federal, ou até mesmo pela própria Administração, mesmo porque legitimada para tanto, na forma do que dispõe o artigo 17 da lei de Improbidade Administrativa.<sup>558</sup>

<sup>554</sup> COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.27, n.57, p.13, 2003.

<sup>555</sup> MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. **O limite da improbidade administrativa**: comentários à Lei n.º 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.624.

<sup>556</sup> MATTOS, loc. cit.

<sup>557</sup> A sentença judicial, como “ato autorizativo por órgão do Estado, reivindica naturalmente perante todos, seu ofício de formular qual seja o comando concreto da lei ou, mais genericamente, a vontade do Estado, para um caso determinado [...] Uma vez que o juiz é o órgão ao qual atribui o Estado o mister de fazer atuar a vontade da lei no caso concreto, apresenta-se a sua sentença como eficaz exercício dessa função perante todo o ordenamento jurídico e todos os sujeitos que nele operam”. (LIEBMAN, Tullio. **Eficácia e autoridade da sentença**. Tradução de Alfredo Buzaid e Benvinco Aires. 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p.123).

<sup>558</sup> Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.



Aliás, se o artigo 17 da Lei de Improbidade Administrativa legitimou a Administração a propor a ação de improbidade para processar judicialmente o servidor, e, por sua vez, o artigo 20 condiciona a perda do cargo à sentença judicial transitada em julgado, está mais do que comprovada a afirmação de que o poder sancionatório da Administração restou substancialmente limitado pelo legislador<sup>559</sup>, que atribuiu ao Poder Judiciário a competência para avaliar, em definitivo, a existência ou não de eventual conduta impropria do servidor público.

Nesse sentido é de se mencionar que embora o Supremo Tribunal Federal já tenha consolidado o entendimento de que a penalidade de demissão do servidor público por ato de improbidade administrativa independe do trânsito em julgado da sentença, já se manifestou de forma diversa, prestigiando o posicionamento que se adota no presente trabalho.

De fato, a Primeira Turma do Tribunal, quando do julgamento do RMS 24.699/DF, ocorrido em 30/11/2004, consignou que a aplicação das penalidades por ato de improbidade administrativa é competência privativa do Poder Judiciário, e, nessa condição, se faz necessário o ajuizamento da respectiva ação. Consta do voto do Relator, Ministro Eros Grau, motivação que merece destaque:

Ora, a perda da função pública quando aplicada por improbidade administrativa, **só se torna efetiva com o trânsito em julgado da sentença condenatória (Lei n.º 8.429, de 1992)**. Enquanto pender qualquer recurso, essa pena, em homenagem ao princípio da presunção de inocência contemplado na Constituição do Brasil, não terá eficácia.

Concluo, portanto, no sentido de que, verificada a prática de ato de improbidade no âmbito administrativo, **caberia a representação ao Ministério Público para ajuizamento da competente ação e não a aplicação da demissão**.<sup>560</sup> (grifos no original)

É de se destacar que essa imposição de reserva de jurisdição em matéria de improbidade administrativa de que menciona o artigo 20 da Lei de Improbidade, foi assegurada, logo em seguida a sua promulgação, pela Lei Complementar n.º 75/93, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União.

---

<sup>559</sup> Trecho do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, no MS 18.666/DF. Terceira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

<sup>560</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24.699/DF**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Órgão Julgador: 1.ª Turma. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<https://www.stf.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

Na referida Lei, o artigo 240, inciso V, “b” estabelece a pena de demissão nos casos de improbidade administrativa<sup>561</sup>, e o artigo 242 condiciona a perda da função pública dos membros vitalícios do Ministério Público Federal à condenação judicial com trânsito em julgado, após a conclusão do processo administrativo disciplinar.<sup>562</sup>

Não se está a afirmar que se trata de um privilégio ou de que existe tratamento desigual; o que se pretende demonstrar é que a Lei Complementar n.º 75/93, diferentemente da Lei n.º 8112/90, consagrou o princípio da exclusividade da jurisdição, assegurando aos membros do Ministério Público Federal a garantia de somente serem demitidos do serviço público em decorrência da prática de ato de improbidade administrativa, após o trânsito em julgado da sentença proferida em ação judicial.

Por derradeiro, é de se mencionar que no processo disciplinar a Administração Pública ocupa e desempenha simultaneamente o polo da acusação e a tarefa de julgar, além de ser diretamente interessada na conclusão do processo administrativo disciplinar; daí porque essa sua atividade materialmente jurisdicional é circundada das mais rigorosas exigências de neutralidade<sup>563</sup>, inclusive tendo em vista que os servidores componentes das suas Comissões Processantes, na grande maioria das vezes não possuem qualquer conhecimento acerca do Direito, ou sequer possuem o ensino fundamental.

Essas circunstâncias todas justificam a necessidade da atuação moderadora e corretiva do Poder Judiciário, para evitar os excessos e o tratamento uniforme de situações objetivamente distintas e inconfundíveis. O amplo controle do Poder Judiciário, especialmente na sanção de demissão por ato de improbidade administrativa, não é só possível, dada à inexistência de discricionariedade administrativa no ato de interpretação e aplicação do conceito de improbidade administrativa, como também constitucionalmente imposto, em razão dos princípios do devido processo legal, da juridicidade, da tipicidade, da presunção da inocência, do duplo grau de jurisdição, da exclusividade da jurisdição e da segurança jurídica.

Portanto, a exigibilidade do trânsito em julgado da sentença condenatória de que menciona o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa, em contrapartida à indeterminação

---

<sup>561</sup> Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas: V - as de demissão, nos casos de: b) improbidade administrativa.

<sup>562</sup> Art. 242. As infrações disciplinares serão apuradas em processo administrativo; quando lhes forem cominadas penas de demissão, de cassação de aposentadoria ou de disponibilidade, **a imposição destas dependerá, também, de decisão judicial com trânsito em julgado.** (grifo nosso).

<sup>563</sup> Trecho do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, no MS 18.666/DF. Terceira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

das normas sancionatórias de improbidade, contidas no inciso IV do artigo 132 do Estatuto do Servidor Público, confere ao servidor público acusado a garantia do juiz natural, ou seja, a segurança de que será processado e julgado por órgão diverso do seu acusador (julgador e executor)<sup>564</sup>, ou seja, um órgão da estrutura do Poder Judiciário, com competência fixada por lei em data anterior à ocorrência do fato, mediante o devido processo legal, conduzido por juízes de fato imparciais, isentos e equidistantes dos interesses das partes, a exemplo do que ocorre nos processos, cível e penal.

Não se trata de fazer do Judiciário uma instância recursal administrativa, mas possibilitar que a decisão administrativa pela imposição da penalidade de demissão possa ser analisada por outro órgão do Estado, aliás, o que não é possível no procedimento administrativo estabelecido na Lei n.º 8.112/90, em razão da inexistência de instâncias recursais.

Trata-se de garantir a aplicação do princípio da segurança jurídica e de enaltecer o princípio da presunção de inocência, assegurando ao servidor público a garantia de que a aplicação da sanção de demissão somente poderá ocorrer depois de reconhecida a sua culpabilidade pelo Poder Judiciário, por meio de decisão definitiva, ou seja, da qual não caiba mais recurso.

Mas, para além de proporcionar segurança jurídica e, de assegurar a presunção de não culpabilidade dos servidores públicos acusados da prática de atos de improbidade administrativa, o procedimento da ação judicial previsto na Lei n.º 8.429/92 lhes assegura outra garantia constitucional, sober a qual se passa brevemente a discorrer.

No sancionamento dos atos ilícitos, na perspectiva do Direito Administrativo Sancionador, deverá haver a incidência da proporcionalidade, que permita atenuar o rigor das sanções, notadamente no campo de sua obrigatória imposição, “e isto está nas origens desse princípio, no próprio Direito Penal, onde o instituto ganhou notoriedade para fins de estancar sancionamentos demasiadamente severos ou rígidos, com ofensa aos direitos humanos”.<sup>565</sup>

O princípio da proporcionalidade impõe às autoridades estatais o adequado exame das condições em que ocorreu o ataque ao bem juridicamente tutelado e a sanção prevista em lei caso efetivamente o ataque tenha ocorrido. Portanto, aos agentes encarregados de aplicar as normas do Direito Administrativo Sancionador, deve ser atribuída a possibilidade de que

---

<sup>564</sup> Trecho do voto do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, do Superior Tribunal de Justiça, no MS 18.666/DF. Terceira Seção. Relator: Napoleão Nunes Maia Filho. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<https://www.stj.jus.br/processo/pesquisa>>. Acesso em: 14 mar. 2016).

<sup>565</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.248.

possam eles flexibilizar a rigidez das leis abstratas, interpretando-as em conformidade com a ordem constitucional.

Nessas condições, os poderes públicos devem aplicar o princípio da proporcionalidade na elaboração e concretização das normas do Direito Administrativo Sancionador, não só na tipificação da conduta proibitiva, excluindo aqueles comportamentos que não se apresentem agressivos aos valores tutelados pelo legislador e pela Constituição, mas também na adequação da resposta estatal por meio das sanções àquelas condutas de menor gravidade e, finalmente, “na manutenção de uma coerência mínima entre os tipos sancionadores e os resultados objetivados com a intervenção pública repressiva”.<sup>566</sup>

No que se refere à possibilidade de gradação da sanção a ser aplicada ao servidor público em caso de cometimento de ato de improbidade administrativa, essa garantia foi devidamente assegurada pela Lei de Improbidade Administrativa e suprimida pelo Estatuto do Servidor Público.

De fato, em conformidade com o disposto no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, a única sanção a ser aplicada pela Administração caso comprovada a conduta ímproba do servidor público, é a demissão. Embora conste no artigo 128 do Estatuto que “na aplicação das penalidades serão consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais”, a possibilidade de gradação da sanção não se aplica aos casos de demissão por ato de improbidade administrativa. Ou seja, é como a pena de morte, não tem como graduá-la, é a simplificação maniqueísta da sanção, a ideia de mínimo e máximo, de piso e teto.

Por sua vez, a Lei de Improbidade Administrativa prevê, como sanções a serem aplicadas aos servidores públicos em caso de improbidade, além da perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos e a indisponibilidade de bens e o ressarcimento ao erário.

No entanto, o parágrafo único do artigo 12 da Lei de Improbidade<sup>567</sup> dispõe expressamente sobre a possibilidade de gradação das sanções a serem impostas ao agente, ao estabelecer que elas podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente de acordo com a gravidade do fato e, que na fixação das penas, o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente. Ou seja, as penalidades não

---

<sup>566</sup> OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p.251.

<sup>567</sup> Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

necessariamente serão aplicadas em bloco, mas sim, de acordo com as condições em que o ataque à moralidade pública se deu.

Isso significa que, em cada caso, observados os nortes legais, o Juiz poderá deixar de aplicar uma ou outra entre as sanções previstas para a improbidade administrativa<sup>568</sup>; ou seja, em determinados casos, constatado pelo juiz o caráter diminuto da lesão gerada ou a pequena gravidade da conduta do servidor público, não terá nenhum sentido a aplicação de sanções drásticas, como a perda do cargo público, ou suspensão dos direitos políticos, visto que, nessas condições, se estaria equiparando servidor acusado a outrem, sujeito ativo de improbidade mais grave.

A título de ilustração, o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, em julgamento ao recurso de apelação interposto por servidor público, contra sentença que lhe condenou as sanções de “perda da função pública, suspensão dos direitos políticos pelo prazo de cinco anos, pagamento de multa civil no importe de uma vez o valor do dano, proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios”, assim manifestou o seu entendimento quanto à necessidade de se atentar para os princípios da razoabilidade e proporcionalidade:

EMENTA: Apelação Cível. Ação Civil Pública. Duplo grau de jurisdição obrigatório inexistente. Improbidade Administrativa. Utilização indevida da estrutura administrativa municipal. Finalidade ilícita e má-fé do agente público demonstradas. Conduta improba configurada. Sanções. Redução. Aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Recurso Parcialmente provido.

1. Imposta condenação ao agente improbo consistente em ressarcir danos ao erário público em valor evidentemente muito inferior a sessenta salários mínimos, em acolhimento parcial da pretensão inicial, inexistente duplo grau de jurisdição obrigatório. 2. O agente público que utiliza a estrutura administrativa para fins particulares pratica ato ilícito caracterizador de improbidade administrativa, nos termos do art. 10, XIII, da Lei n.º 8.429, de 1992. 3. Evidenciados a má-fé e o efetivo prejuízo ao erário decorrente do ato, são cabíveis as sanções do art. 12 da mencionada Lei n.º 8.429, de 1992. 4. Na aplicação das sanções, o magistrado deve observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade. Desatendidos os dois princípios e patenteado o excesso, impõe-se a redução da reprimenda. 5. Apelação cível conhecida e parcialmente provida para afastar as condenações de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.<sup>569</sup> (grifo nosso)

<sup>568</sup> PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999. p.204.

<sup>569</sup> MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. **Recurso de Apelação n.º 1.0027.08.154574-4/008**. Relator: Caetano Levi Lopes. Julgamento: 01/03/2016. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/porta/jurisprudencia/consultas>> Acesso em: 14 mar. 2016.

O princípio da razoabilidade, sob o aspecto da proporcionalidade entre meios e fim, enuncia a ideia de que as competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas.<sup>570</sup>

Segue-se que, nessa condição, os atos da Administração Pública editados no exercício de sua competência disciplinar, cujos conteúdos ultrapassem o necessário para alcançar o objetivo que justifica o uso da competência, ficam maculados de ilegitimidade, porquanto desbordam o âmbito da competência, ou seja, superam os limites que naquele caso lhes corresponderiam.

Essa ideia da proporcionalidade, embora singela, foi flagrantemente desconsiderada pelo legislador, quando estabeleceu o regime disciplinar dos servidores públicos federais, não somente na aplicação das sanções por ato de improbidade no inciso IV do artigo 132 da Lei n.º 8.112/90, mas também em outras contidas no mesmo artigo, a exemplo de inassiduidade habitual (inc. III), e, incontinência pública ou conduta escandalosa na repartição (inc. V).

Essas condições somente vêm reafirmar que o procedimento estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa, por estar em conformidade com a Constituição Federal, apresenta-se, em relação ao procedimento administrativo disciplinar previsto na Lei n.º 8.112/90, em melhores condições de assegurar aos servidores públicos acusados por ato de improbidade administrativa, o devido processo legal substancial e as garantias que lhe são inerentes.

Nesse sentido, no que se refere ao princípio da autonomia das instâncias, invocado pela doutrina e pela jurisprudência para legitimar a decisão administrativa que julgar pela demissão do servidor, independente do trânsito em julgado da decisão judicial, referido princípio só tem de respeitável a sua antiguidade e, como tal, não se compatibiliza com o Estado Democrático de Direito.

Apesar disso, é de se mencionar que a independência das instâncias a que se referem os artigos 125 da Lei n.º 8.112/90, e 12 da Lei n.º 8.429/92, não incide na hipótese vertente, como antes já afirmado. A independência das instâncias que mencionam os artigos em comento, possibilita cumular sanções de diferentes naturezas, sem se incidir em *bis in idem*, ou seja, ninguém poderá ser punido mais de uma vez por uma mesma infração, salvo se as sanções sejam de naturezas diversas. Portanto, e como já afirmado, a independência das instâncias se apresenta como garantia, e não como instrumento de restrição aos direitos do servidor público.

---

<sup>570</sup> MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discrecionalidade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p.123.

Ocorre que a única sanção possível de ser aplicada administrativamente ao servidor acusado de improbidade administrativa, na forma do Estatuto, é a demissão, ou seja, a perda do cargo; já no que se refere às sanções passíveis de serem aplicadas pela Lei de Improbidade Administrativa, são: além da perda do cargo, a suspensão dos direitos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento do erário.

Portanto, as únicas sanções de natureza diversa, na hipótese de improbidade administrativa, são aquelas previstas na Lei de Improbidade, e, assim, somente passíveis de serem aplicadas pelo Poder Judiciário.

Concluindo, é importante esclarecer que não se pretende, com essas conclusões, acobertar os servidores públicos que infringem as normas de conduta da estrutura interna da Administração Pública, em detrimento da competência punitiva do Estado.

O que se quer afirmar é que, em matéria de improbidade administrativa, só quem pode decretar definitivamente a perda do cargo é o Poder Judiciário, mediante a cognição ampla, para que o juiz, verificando se realmente o servidor praticou a conduta proibitiva, aplique-lhe a sanção; o juiz, e não o administrador, por força do disposto no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

### 6.3 APONTAMENTOS SOBRE A TEORIA DE RONALD DWORKIN: O DIREITO COMO INTEGRIDADE

Em sua obra “O Império do Direito”, Ronald Dworkin aborda importante questão acerca da “interpretação construtiva”, por entender que é indispensável o estabelecimento de critérios para a decisão quando da ocorrência de divergências interpretativas. Partindo do pressuposto de que o Direito é uma prática social, e assim possui um propósito, objetivo e finalidade, Dworkin<sup>571</sup> utiliza como parâmetro para discutir a questão da interpretação: as “regras de cortesia”, segundo as quais, por exemplo, os camponeses devem tirar seus chapéus quando estiverem diante dos nobres.

Essas regras passariam por uma espécie de ciclo histórico, iniciando pela compreensão como se a regra fosse um tabu. Assim, a regra seria imutável e indiscutível. Ocorre que, em seguida, pode se observar o início de uma atitude interpretativa por parte dos membros daquela comunidade: de início, tem-se a compreensão de que a regra, além de existir, apresenta uma

---

<sup>571</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.58.

‘finalidade’; em seguida, conclui-se que as regras devem se adaptar a essa finalidade – desse modo, se tornam não apenas mutáveis, mas também interpretáveis –, o que conduz ao fim de um processo de aplicação mecânica dessas regras de cortesia.<sup>572</sup>

Caracterizando a cortesia como prática social, Dworkin refere à necessidade de encará-la na sua perspectiva histórica, e de como a tradição da cortesia muda com o passar do tempo, devendo-se examinar os modos de compreensão e o funcionamento da atitude interpretativa no interior da prática social.<sup>573</sup>

Dessa forma, não é possível dissociar as práticas sociais – mesmo a aplicação de regras – de uma atitude interpretativa. Mas existem diversas formas de interpretação, podendo ser enunciadas outras formas, como: a conversacional, a científica e a artística. A conversacional é intencional, ela atribui significado a partir dos supostos motivos, intenções e preocupações do orador, e apresenta suas conclusões como afirmações sobre a interpretação deste ao dizer o que disse. A interpretação científica apresenta-se como uma interpretação causal, o cientista começa por coletar dados, para depois interpretá-los.<sup>574</sup>

Já no que se refere à interpretação artística, esta tem por finalidade justificar um ponto de vista acerca do significado, tema ou propósito de determinada obra artística: um poema, uma peça ou uma pintura etc., apresentando-se como uma interpretação construtiva, com as atenções voltadas essencialmente ao propósito, não à causa. Portanto, do ponto de vista construtivo, a interpretação criativa é um caso de interação entre propósito e objeto.<sup>575</sup>

Feitas essas considerações, é possível compreender que a interpretação das práticas sociais em muito se assemelha à interpretação artística – interpreta-se determinado objeto criado pelos indivíduos, mas que representa uma entidade deles distinta – e é ainda uma forma de *interpretação construtiva*.<sup>576</sup>

De maneira a refinar a interpretação construtiva, transformando-a em instrumento apropriado ao estudo do direito como prática social, Dworkin faz uma separação analítica em três etapas interpretativas: a etapa “pré-interpretativa”, que trata do problema da identificação do direito; a etapa “interpretativa” em que se busca um significado, uma justificação para o

<sup>572</sup> Quando essa atitude interpretativa passa a vigorar, a instituição da cortesia deixa de ser mecânica; não é mais a deferência espontânea a uma ordem única. As pessoas agora tentam impor um significado à instituição – vê-la em sua melhor luz - e, em seguida, reestruturá-la à luz desse significado. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.59).

<sup>573</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>574</sup> Ibid., p.60-62.

<sup>575</sup> DWORKIN, loc. cit.

<sup>576</sup> Ibid., p.64-65.



direito; e a etapa “pós-interpretativa”, que busca a melhor interpretação, o melhor ajuste de acordo com o que a prática “realmente” requer.<sup>577</sup>

Na etapa pré-interpretativa se faz a identificação e qualificação do objeto a ser interpretado, identificando-se as regras e normas que proporcionam o conteúdo da prática. Dworkin alerta que, mesmo nessa fase se faz necessário algum tipo de interpretação, pois as regras sociais não possuem um rótulo de identificação. Assim, para o sucesso desse processo interpretativo, é necessário um alto grau de consenso na identificação “de maneira que a presença deste consenso se converta praticamente em um elemento definidor das comunidades interpretativas”.<sup>578</sup>

Já na etapa interpretativa, o intérprete vai concentrar seus esforços no sentido de apresentar uma justificativa geral para os elementos da prática identificada na etapa anterior. É precisamente nessa etapa que o intérprete vai buscar uma justificativa de valores e objetivos que considera que a prática persegue, cuja justificativa não precisa “ajustar-se a todos os aspectos ou características da prática estabelecida, mas deve ajustar-se o suficiente para que o intérprete possa ver-se como alguém que interpreta essa prática, não como alguém que inventa uma nova prática”.<sup>579</sup>

Por último, existe a etapa pós-interpretativa, em que o principal objetivo concentra-se em ajustar a ideia do que a prática requer para melhor servir à justificativa da etapa interpretativa. Trata-se de estabelecer o que a prática realmente necessita para conseguir uma máxima realização dos princípios que a justificam.

Nessa terceira fase interferem valores de convicção. Seu objetivo é alcançar uma aplicação coerente da melhor justificativa prática, estruturando-a a luz de seus objetivos, o que pode implicar “no abandono, reforma ou introdução de algumas das regras identificadas na primeira etapa; isto coincide precisamente com o requisito do segundo elemento da atitude interpretativa”.<sup>580</sup> Ou seja, do mesmo modo que o crítico artístico se vale dos estéticos para análise e julgamento de uma obra de arte, os juízos morais também são utilizados para oferecer a melhor interpretação da prática social.

De fato, um dos pontos cruciais da teoria de Dworkin consiste em sustentar que sempre haverá uma interpretação que mostre o objeto como o melhor caso possível, do gênero que se considera que pertença. Na etapa pós-interpretativa, os juízos de valor são desenvolvidos ao

---

<sup>577</sup> . (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.81-82.

<sup>578</sup> VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica em la teoría del derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p.275.

<sup>579</sup> DWORKIN, op. cit., p.84.

<sup>580</sup> VIDAL, op. cit., p.275.

máximo, de forma que passe a ser a melhor prática possível, dentre as distintas interpretações que admitam os elementos identificados e interpretados na etapa anterior. É nessa etapa que se estabelece uma relação entre direito e moral.<sup>581</sup>

Observa-se que, para Dworkin, a prática judicial está relacionada a uma dimensão moral. Entretanto, direito e moral são diferentes e se sustentam em bases distintas, ou como observa Habermas:

Os exemplos apresentados para uma moral no *direito* significam apenas que certos conteúdos morais são traduzidos para o código do direito e revestidos com um outro modo de validade. Uma sobreposição dos conteúdos não modifica a diferenciação entre direito e moral, que se introduziu irreversivelmente no nível de fundamentação pós-convencional e sob condições do moderno pluralismo de cosmovisões. Enquanto for mantida a *diferença das linguagens*, a imigração de conteúdos morais para o direito não significa a moralização do direito.<sup>582</sup>

É de se esclarecer que Dworkin “não iguala o argumento jurídico com o argumento moral”. Ele inicia a observação do direito por meio da “informação jurídica, o material jurídico pré-interpretativo; e, então, intenta extrair dele o melhor sentido de moral”. Para Dworkin, a moralidade pública não pode ser encarada como mera opinião do “homem médio” ou como extrato das convenções sociais.<sup>583</sup>

A moralidade pública não deve se confundir com a moral positivada. O simples fato de uma lei permitir a escravidão, isso não significa que a escravidão passe a ser considerada uma prática moral. Em geral, o consenso presente nas sociedades modernas é de que a escravidão é imoral. Ocorre que a imoralidade não decorre do consenso, mas do fato de que a escravidão deve ser considerada imoral por razões próprias (restrição da liberdade, violência), e não por mera repetição.

A moralidade crítica obriga à construção de uma resposta certa e não apenas aceitar as respostas prontas, e nos absolver das responsabilidades.<sup>584</sup> As pessoas devem agir por princípios, e não simplesmente por convicções pessoais, assumindo assim as suas responsabilidades; devem agir de maneira coerente e de acordo com o seu próprio raciocínio moral.

---

<sup>581</sup> VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica em la teoria del derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p.44.

<sup>582</sup> HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre facticidade e validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. p.256.

<sup>583</sup> GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.133.

<sup>584</sup> Ibid., p.139.

No entanto, essas exigências se fazem mais fortemente para os agentes públicos, pois eles possuem o dever de ‘consistência articulada’, o dever de submergir convicções privadas de acordo com os princípios, eles devem agir com integridade.<sup>585</sup>

No que se refere à etapa pós-interpretativa, observa-se que nesse ponto Dworkin trata a decisão judicial como “uma peça de filosofia do direito”<sup>586</sup>, em que o juiz atua interpretando todos os princípios morais e legais de uma comunidade, conectando-os ao caso em concreto, e realizando a devida interpretação construtiva, de maneira a interpretar a lei da melhor forma possível, e, assim, solucionar o caso em análise sob o prisma político da situação presente, aliado a uma crítica análise dos precedentes.

Nesse aspecto, a teoria de Dworkin se apresenta de extrema importância para a compreensão do fenômeno jurídico, pois acresce a ideia de “coerência”, que permite enxergar o direito objetivo não como um simples conjunto de normas, mas sim como um conjunto de normas dispostas a prescrever certos objetivos. É justamente esta “coerência” que se faz necessária para dar conta das funções do direito como guia de conduta de determinada sociedade.<sup>587</sup>

No âmbito jurídico, as decisões estatais devem ser justificadas juridicamente, e, para tanto, exige-se que estejam em conformidade com o direito como um todo, um arsenal unitário e coerente. Para tanto, faz-se necessária uma interpretação construtiva de todo o conjunto de normas a que se refere Dworkin, pois são as normas que proporcionam o conteúdo da prática interpretativa. Nessas condições, o modelo de interpretação construtiva se apresenta como um grande referencial para o êxito das variadas formas de interpretação.<sup>588</sup>

Como já observado, o Direito – enquanto conceito interpretativo – exige por parte da comunidade um consenso inicial no sentido de estabelecer quais práticas sociais são consideradas jurídicas (nível pré-interpretativo). Nessa perspectiva, pode-se compreender como Direito o sistema de direitos e responsabilidade que respondem a um complexo padrão: autorizam a

<sup>585</sup> Segundo Guest, “A ideia de construção de julgamentos morais é importante por outra razão. Em uma sociedade de concordância relativa, a ideia de comunidade está ligada a ideia de articulação pública sobre princípios de justiça. Isto é uma ideia que Dworkin desenvolve em sua teoria da integridade. Nela esta a ideia de que um dever de construir uma resposta, em vez de descobri-la, exige que a lógica de algum discurso poderá exigir que haja uma resposta correta”. (GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010. p.141).

<sup>586</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.113-114.

<sup>587</sup> VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica em la teoría del derecho contemporánea**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999. p.332.

<sup>588</sup> “A sofisticação de Dworkin está no fato de que a chave para a compreensão da sua proposta de uma filosofia liberal do direito está na compreensão da argumentação jurídica enquanto exercício de interpretação construtiva, no qual o direito consiste na melhor justificação das práticas jurídicas como um todo, na história narrativa que faz dessas práticas o melhor possível”. (CHUEIRE, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995. p.65).

coerção porque decorrentes de decisões anteriores do tipo adequado.<sup>589</sup> Todavia, para Dorkin, esse conceito é provisório e, assim, leva a uma exigência no sentido de proceder a uma análise mais detalhada de três concepções do Direito: o convencionalismo, o pragmatismo e o Direito como integridade

Dworkin critica as correntes filosófico-jurídicas, especialmente o convencionalismo<sup>590</sup> e o pragmatismo jurídico<sup>591</sup>, sustentando que tais correntes se apresentam insuficientes, pois não oferecem justificação necessária para o exercício da jurisdição.

Após essas críticas, o autor identifica, na teoria política, três virtudes que devem ser consideradas: a equidade, a justiça e o devido processo legal adjetivo. A equidade constituiria “uma questão de encontrar os procedimentos [...] que distribuem o poder político da maneira adequada”, isto é, permite que os cidadãos tenham “mais ou menos a mesma influência sobre as decisões que os governam”.<sup>592</sup>

No que se refere à justiça, preocupa-se com o conteúdo das decisões, significando, para Dworkin, uma preocupação de que “nossos legisladores e outras autoridades distribuam recursos materiais e protejam as liberdades civis de modo a garantir um resultado moralmente justificável”.

Por fim, o devido processo legal prescreve o dever de respeito a certos procedimentos previamente estabelecidos para o julgamento de qualquer pessoa, ou seja, “queremos que os tribunais e instituições análogas usem procedimentos de prova, de descoberta e de revisão que

---

<sup>589</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.116.

<sup>590</sup> Segundo o autor, para um pensador convencionalista, o direito é aquilo que realmente é, não o que deveria ser. Assim, a tarefa do juiz é simplesmente aplicar esse direito, sem procurar modificá-lo de acordo com sua própria ética ou política. Nesse sentido, os verdadeiros direitos e deveres dos cidadãos são apenas aqueles que foram declarados explicitamente em alguma decisão política do passado, de maneira que os advogados e juízes sabem qual é o direito independentemente de suas divergências em moral ou política. Entretanto, segundo o autor, como os convencionalistas reconhecem, há casos novos em que não existem decisões políticas do passado capazes de indicar os direitos ou deveres, ou, pelo menos, essas decisões não geram o consenso necessário para que se possa apontar o que é o direito. Nesses casos, o juiz deve decidir da melhor maneira possível, mas a decisão é deixada em aberto, pois nenhuma das partes tem verdadeiramente um direito a exigir porque este ainda não existe. O juiz encontrará outras razões para justificar sua decisão, mas não terá que se preocupar com as decisões do passado, pois estas nada lhe informam a respeito da melhor solução a ser adotada. Portanto, nesses casos os juízes devem exercitar o poder discricionário e usar padrões extrajurídicos para criar um novo direito. (Ibid., p.145).

<sup>591</sup> O pragmatismo jurídico, segundo Dworkin, “nega que as decisões políticas do passado, por si sós, ofereçam qualquer justificativa para o uso ou não do poder coercitivo do Estado”. Assim, contesta o argumento de que as pessoas tenham direitos com base em decisões políticas do passado. Entretanto, por razões de estratégia, para evitar a perda de controle pelo governo e, desta forma, piorar a comunidade como um todo, o pragmatismo jurídico pode optar por disfarçar sua decisão real simulando a aplicação da lei. Assim, o pragmático apenas olha para a tradição jurídica constituída pelas decisões políticas do passado como estratégia para disfarçar as decisões que toma com base numa perspectiva do que será melhor para a comunidade no futuro. Desta forma, não rejeita as pretensões morais ou políticas. (Ibid., p.185).

<sup>592</sup> Ibid., p.200.

proporcionem um justo grau de exatidão, e que, por outro lado, tratem as pessoas acusadas de violação como devem ser tratadas as pessoas em tal situação”.

No entanto, além do dever de se apresentar coerente, atenta aos princípios da equidade, da justiça e do devido processo legal, a atividade jurídica deve ser fiel à virtude política da integridade. É justamente no ideal de integridade que repousa a filosofia de Dworkin, que utiliza um modelo ideal de sociedade democrática, que considera a comunidade como um agente moral, denominada comunidade de princípios.<sup>593</sup>

Nessa comunidade, os indivíduos aceitam a ideia de serem governados por princípios comuns e não apenas por regras estabelecidas por acordos políticos; a arena política é o lugar ideal para debater sobre quais princípios devem reger a comunidade, e sobre os quais todas as decisões das instituições deverão estar pautadas. Isso não significa que todos os membros dessa comunidade terão a mesma opinião acerca dos princípios a serem aceitos. “Mas cada um aceita a integridade política como um ideal político distinto, e trata a aceitação geral desse ideal, mesmo entre pessoas que de outra forma estariam em desacordo sobre a moral política, como um dos componentes da comunidade política”.<sup>594</sup>

Segundo Dworkin, nas comunidades regidas por regras, não há um princípio integrador, e, assim, todos os membros podem usar o aparato político para promover interesses pessoais e ideais. Após ter sido travado o jogo de poder, e, consolidado o interesse em determinada regra, esta será imposta a todos como uma obrigação. É por essas condições que o modelo de princípios satisfaria melhor as condições para uma comunidade fraterna e plural. A comunidade de princípios “exige que ninguém seja excluído; determina que, na política, estamos todos juntos para o melhor ou pior; que ninguém pode ser sacrificado, como os feridos em um campo de batalha, na cruzada pela justiça total”.<sup>595</sup>

A exigência de integridade pressupõe que cada pessoa é tão digna quanto qualquer outra, que cada uma deve ser tratada com o mesmo interesse, de acordo com uma concepção coerente do que isso significa. Uma associação de princípio não é, automaticamente, uma comunidade justa; sua concepção de interesse equitativo pode ser falha ou violar direitos de seus cidadãos ou de cidadãos de outras nações, do mesmo modo em que qualquer comunidade associativa verdadeira, como vimos há pouco. Mas o modelo de princípios satisfaz as condições da verdadeira comunidade melhor do que em qualquer outro modelo de comunidade possível para as pessoas que divergem sobre justiça e a equidade a serem adotadas.<sup>596</sup>

---

<sup>593</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.254.

<sup>594</sup> Ibid., p.256.

<sup>595</sup> Ibid., p.257.

<sup>596</sup> DWORKIN, loc. cit.

Dworkin faz questão de ressaltar que de maneira alguma a fraternidade de uma comunidade de princípios estaria relacionada com alguma emoção que possa ser chamada de amor; trata-se de um modelo de comunidade por ele elaborado, para que se possa pensar em quais atitudes realmente expressam as práticas sociais, e como elas devem ser interpretadas. Ela é verificada de maneira prática e limitada no tempo e no espaço, ou como diz o autor, “defendo, aqui, uma interpretação de nossa própria cultura, e não uma moral política abstrata e atemporal”.<sup>597</sup>

Nesse tocante, Dworkin menciona que, embora a integridade não seja capaz de explicar totalmente uma prática política de uma sociedade, em face das suas complexidades, ao se adotar a integridade, as práticas diversas passam a ser caracterizadas como defeitos que devem ser remediados em prol da coerência dos princípios, ou como diz o autor:

não afirmo, como parte de minha tese interpretativa, que nossas práticas políticas aplicam a integridade de maneira perfeita. Admitido que não seria possível reunir, num único e coerente sistema de princípios, todas as normas especiais e outros padrões estabelecidos por nossos legisladores e ainda em vigor. Nosso compromisso com a integridade significa, contudo, que devemos considerar esse fato como um defeito, e não como resultado desejável de uma justa divisão do poder político entre diferentes conjuntos de opinião, e que devemos nos empenhar em remediar quaisquer incoerências de princípios com as quais venhamos a nos deparar.<sup>598</sup>

Esse ideal político de integridade pode ser dividido em dois princípios: um princípio de integridade na legislação, que exige daqueles que criam o direito por legislação, que as leis sejam, na medida do possível, coerentes com a moral da comunidade; e um princípio de integridade na aplicação judicial do direito, que consiste na exigência de que as decisões judiciais busquem analisar as leis como sendo moralmente coerentes.<sup>599</sup>

Quanto ao princípio legislativo, a integridade funciona como um elemento de promoção da vida moral e política dos cidadãos, fundindo circunstâncias públicas e privadas, além de criar uma interpenetração dessas questões. Para além de representarem acordos entre os cidadãos que esperam alcançar uma experiência social pacífica, as leis devem espelhar a moralidade compartilhada entre os membros de uma comunidade. Dessa forma, a legitimidade política

---

<sup>597</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.259.

<sup>598</sup> Ibid., p.261.

<sup>599</sup> O segundo princípio explica como e por que se deve atribuir ao passado um poder especial próprio no tribunal, contrariando o que diz o pragmatismo, isto é, que não se deve conferir tal poder. Explica por que os juízes devem conceber o corpo do direito que administram como um todo, e não como uma série de decisões distintas que eles são livres para tomar ou emendar uma por uma, com nada além de um interesse estratégico pelo restante. (Ibid., p.203).

(coercitividade do direito) decorre de uma fidelidade dos cidadãos aos princípios da comunidade, que espelham os seus padrões morais.<sup>600</sup>

O ideal político de integridade, segundo Dworkin, estaria próximo da fraternidade buscada pela Revolução Francesa, pois, segundo ele, o dever que os indivíduos têm de respeitar as leis, seria proveniente de uma fraternidade social que se equipara a uma família ou um grupo de amigos. Essa comunidade, orquestrada pelo ideal de fraternidade, seria a comunidade de princípios.

Trata-se de uma comunidade moralmente plural, e que nessa condição busca uma integridade entre os diversos valores morais, respeitando igualmente a moral de todos os cidadãos. Essa comunidade incorpora um compromisso com os seus princípios, expressando-os na elaboração das políticas por meio da legislação, e na sua aplicação pelo Poder Judiciário, em suas decisões.

Por sua vez, quanto à integridade do ponto de vista jurisdicional, Dworkin afirma que o direito como integridade, rejeita não somente o relato dos fatos estabelecidos no passado (como pensado pelos convencionalistas), mas também o intenso pensamento voltado para o futuro (traço do pragmatismo jurídico). A prática jurídica de uma comunidade não se esgota com a publicação da lei; o direito é dinâmico, e nessa condição está sempre se desenvolvendo para benefício do futuro, sem, no entanto, desrespeitar o passado.

Portanto, o direito como integridade rejeita, por entender inútil, “a questão de se os juízes descobrem ou inventam o direito; sugere que só entendemos o raciocínio jurídico tendo em vista que os juízes fazem as duas coisas e nenhuma delas”.<sup>601</sup>

Na concepção do direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam de princípios de justiça, equidade e devido processo legal adjetivo, os quais oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade. Os juízes são instruídos a identificar direitos e deveres legais, partindo do pressuposto de que foram criados por um único autor, a comunidade personificada, e que nessa condição expressam uma concepção coerente de justiça e equidade.<sup>602</sup>

O que se espera na visão do direito como integridade, é garantir uma coerência de princípio, isto é, identificar quais princípios justificam as leis e os precedentes do passado. Essa coerência de princípios passa a ser uma fonte de direitos, possibilitando que os cidadãos tenham

---

<sup>600</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.230.

<sup>601</sup> Ibid., p.271.

<sup>602</sup> Ibid., p.272.

direitos não declarados explicitamente na legislação e nos precedentes, mas apenas implicitamente reconhecidos por meio de princípios que justificam essas decisões políticas do passado.

E é justamente nesse aspecto que reside a principal diferença entre o direito como integridade e o convencionalismo, este último apenas reconhecendo os direitos declarados explicitamente:

[...] o direito como integridade supõe que as pessoas têm direitos – direitos que decorrem de decisões anteriores de instituições políticas, e que, portanto, autorizam a coerção – que extrapolam a extensão explícita das práticas políticas concebidas como convenções. O direito como completude supõe que as pessoas têm direito a uma extensão coerente, e fundada em princípios, das decisões políticas do passado, mesmo quando os juízes divergem profundamente sobre seu significado.<sup>603</sup>

Portanto, no direito como integridade, as pessoas têm todos os direitos que possam derivar, explícita ou implicitamente, dos princípios que proporcionam a melhor justificativa da prática jurídica como um todo.

De outro lado, deve-se notar que a integridade não requer uma coerência de princípio ao longo de toda a história. Esta é importante porque ajuda a identificar o conjunto de princípios que orientaram as decisões políticas e judiciais passadas. Mas não são apenas esses princípios e decisões manifestados historicamente que determinam o direito como integridade, pois este analisa a prática no presente e também em sua perspectiva futura. Assim, a história oferece apenas parte dos elementos necessários à interpretação.

É justamente nessa constatação que o direito como integridade expressa o dinamismo da teoria de Dworkin, que “faz com que o direito se recicle constantemente, revigorando sua estrutura ante a atrofia ameaçadora dos esqueletos esclerosados do positivismo e do utilitarismo que lhe oferecem uma frágil, quase inepta sustentação”.<sup>604</sup>

Portanto, para além de ser um produto da interpretação da prática jurídica, o direito como integridade é também fonte de inspiração, pois exige que os juízes exerçam uma atividade contínua de interpretação do mesmo material que afirmaram já ter interpretado com sucesso. Dessa forma, não basta analisar o direito como um processo histórico, ou apenas contemporâneo; é

---

<sup>603</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.164.

<sup>604</sup> CHUEIRE, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade**: Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995. p.130. Segundo a autora, o direito como integridade segue a lógica do pensamento moderno, “da qual a razão é fundadora e cujas unidades constitutivas funcionam, harmonicamente, a interagir uma com a outra”; trata-se da “melhor concepção do direito e, ao mesmo tempo, se apresenta como unidade constitutiva de um projeto de sociedade”.



indispensável interpretá-lo de maneira que a história jurídica seja coerente com o presente e com o futuro.

Dworkin faz questão de frisar que essa interpretação criativa do juiz busca sua estrutura formal na ideia de intenção, na medida em que pretende impor um propósito à tradição que se está interpretando e, assim, segundo ele, pode o juiz afirmar que “o impacto da lei sobre o direito, é determinado pela pergunta de qual a interpretação, entre as diferentes possibilidades admitidas pelo significado abstrato do termo, promove melhor justificativa política para a lei na época em que foi aprovada”.<sup>605</sup>

Nesse ponto, Dworkin faz uma comparação do Direito com a atividade literária, argumentando que em uma interpretação legal, os juízes agem como autores e críticos. Para ilustrar melhor esse processo de interpretação, utiliza hipoteticamente a figura de um “romance em cadeia” para exemplificar a maneira como o direito deve ser interpretado. Os juízes são igualmente autores e críticos. Ao interpretarem uma tradição, introduzem um acréscimo que será interpretado pelos juízes futuros.

É exatamente o que ocorre em um romance em cadeia: “cada romancista da cadeia interpreta os capítulos que recebeu para escrever um novo capítulo, que é então acrescentado ao que recebe o romancista seguinte, e assim por diante”.<sup>606</sup>

Nesse processo, o intérprete, assim como o romancista, deve criar a melhor interpretação possível como se fosse a obra de um único autor. Trata-se de uma continuidade e não de um novo começo, e, por isso, sua liberdade criativa fica bastante limitada.

Numa primeira fase, a que Dworkin chama adequação, devem-se identificar quais interpretações são compatíveis com os capítulos anteriores. Essas interpretações devem ser capazes de explicar o texto de forma substancial. Não se exige concordância com todos os elementos, mas ao menos em relação aos pontos estruturais. Pode ser que, após essa análise de adequação, o intérprete conclua que há mais de uma leitura possível em relação ao texto. Deve decidir, então, qual delas se ajusta melhor à peça em construção, isto é, como poderá mostrar o texto sob sua melhor luz.

Em suma, os juízes tentam encontrar, em algum conjunto coerente de princípios, a melhor interpretação construtiva da estrutura política e da doutrina jurídica de sua comunidade.

---

<sup>605</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.190.

<sup>606</sup> Ibid., p.276.

Em seguida, verificam quais interpretações são adequadas a esse conjunto de princípios, e, apenas então, se houver mais de uma interpretação adequada, deverão buscar aquela que maximize esse conjunto coerente de princípios. O direito como integridade será determinante tanto na adequação quanto na justificação do melhor significado.

Não se nega que o resultado dessa interpretação seja influenciado pelas convicções políticas de cada juiz. Entretanto, tal influência é bastante minimizada na medida em que cabe ao intérprete buscar quais convicções, princípios, preceitos de moral pública etc., explicam melhor a história política da comunidade, os quais podem não coincidir com aqueles pelos quais o intérprete nutre uma preferência. Nesse sentido, a comunidade é personificada, pois o que se busca é uma coerência de princípios que reflita a sua própria história política.

Dworkin reconhece que a aceitação do direito como integridade, ao impor a tarefa de “vê-lo” sob sua melhor luz, é extremamente árdua, provavelmente incapaz de ser executada por um juiz do cotidiano judiciário. Por isso, imagina um juiz com capacidade e paciência sobre-humanas, ao qual dá o nome de Hércules.<sup>607</sup>

É necessário reconhecer, ainda assim, que outros juízes poderiam oferecer honestamente respostas diferentes das de Hércules, ainda que estivessem dispostos a aplicar o direito na perspectiva de sua integridade. Entretanto, essa não é uma preocupação para teoria de Dworkin, desde que, esses juízes sigam o método de Hércules, isto é, estejam dispostos a apresentar argumentos em favor da resposta que entendam corresponder à melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.

Isso porque, segundo Dworkin, “o direito como integridade consiste numa abordagem, em perguntas mais que em respostas, e outros juristas e juízes que o aceitam dariam respostas diferentes das dele [Hércules] às perguntas colocadas por essa concepção de direito”.<sup>608</sup> Ou seja, as preocupações do autor se voltam mais para o processo de interpretação, do que propriamente para a solução que dele possa decorrer.

---

<sup>607</sup> “Nenhum juiz real poderia impor nada que, de uma só vez, se aproxime de uma interpretação plena de todo o direito que rege sua comunidade. É por isso que imaginamos um juiz hercúleo, dotado de talentos sobre-humanos e com um tempo infinito a seu dispor. Um juiz verdadeiro, porém, só pode imitar Hércules até certo ponto”. (DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.294).

<sup>608</sup> Ibid., p.287.

#### 6.4 A RELEITURA DO CONTROLE DA COMPETÊNCIA DISCIPLINAR DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DA VIRTUDE POLÍTICA DA INTEGRIDADE E COERÊNCIA

O controle jurisdicional das competências da Administração Pública depende da concepção do Direito Administrativo vinculado com os objetivos constitucionais, o que pressupõe uma alteração profunda no controle tradicional da legalidade administrativa. Isso porque com o constitucionalismo implantado após o Segundo Pós-Guerra, as Constituições foram impregnadas por diversas exigências de moral, estabelecidas nos princípios e direitos fundamentais.

Como consequência, o Direito adquire uma forte carga axiológica, ou segundo afirma Alfonso Garcia Figuerola, ficou “rematerializado”<sup>609</sup>, e assim, diante dos novos paradigmas do constitucionalismo contemporâneo, tornaram-se necessárias novas teorias de controle da Administração Pública, com profundo caráter material e não meramente formal, pois se o caráter de vinculação da Constituição é amplo sobre as atividades da Administração Pública, o controle jurisdicional também deve se apresentar na mesma amplitude, de maneira que se possam evitar tanto o arbítrio administrativo como o jurisdicional.

No que se refere ao caráter estrutural e funcional do controle da Administração Pública, e nos dizeres de Leonel Pires Ohlweiler, impõe-se uma nova estrutura das decisões jurídicas, bem como modifica a espécie de justificação, considerando, especialmente, o efeito de irradiação dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais, contrapondo ao exercício das competências administrativas o conjunto de indicações normativas de caráter deontológico.<sup>610</sup>

Parte-se da concepção de “juridicidade administrativa”, que se traduz numa legalidade mais ampla, mais exigente, o que significa que o Poder Público não mais se encontra somente limitado pelo direito que ele mesmo edita, mas também por normas e princípios que decorrem dos valores consagrados pela sociedade e que não se encontram na livre disposição dos poderes estatais, ou seja, nas precisas observações de Paulo Otero,

---

<sup>609</sup> FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho en Tempos de Constitucionalismo, In: CARBONELL, Miguel (Org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trotta, 2003. p.159.

<sup>610</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

a vinculação administrativa à lei transformou-se numa verdadeira vinculação ao Direito, registrando-se aqui o abandono de uma concepção positivista legalista configuradora da legalidade administrativa, tal como resulta do entendimento doutrinal subjacente à Constituição de Bona.<sup>611</sup>

A tarefa de controle das funções administrativa pressupõe confrontar as próprias interpretações realizadas pelo Poder Público, diante dos critérios constitucionais estabelecidos pelo texto constitucional, partindo do conjunto de interpretações do presente e do passado, incidindo ainda o dever de respeito à integridade e coerência do Direito Administrativo.

Como brevemente analisado no tópico anterior, Ronald Dworkin aborda importante questão acerca da “interpretação construtiva”, por entender que é indispensável o estabelecimento de critérios para a decisão quando da ocorrência de divergências interpretativas.

Partindo do pressuposto de que o Direito é uma prática social e, assim, possui um propósito, objetivo e finalidade, o autor utiliza como parâmetro para discutir a questão da interpretação: a cortesia. Caracterizando a cortesia como prática social, de imediato o autor se refere à necessidade de encará-la na sua perspectiva histórica, e como a tradição da cortesia muda com o passar do tempo, devendo-se examinar os modos de compreensão e o funcionamento da atitude interpretativa no interior da prática social.<sup>612</sup>

Do mesmo modo, a atividade do controle jurisdicional dos atos demissionais da Administração Pública passa necessariamente por um processo de interpretação e no qual deve ser encarado o Direito Administrativo como prática social, que possui um conjunto de propósitos que consagram o regime jurídico administrativo, caracterizado não só pelos princípios constitucionais expressos no artigo 37, mas também pelos princípios da dignidade da pessoa humana, juridicidade, tipicidade, culpabilidade, presunção da inocência, proporcionalidade, equidade, devido processo legal e prestação jurisdicional acerca da violação a direitos que vinculam não somente a Administração, mas também o Poder Judiciário, quando no exercício do controle da atividade administrativa estatal.

Esse conjunto de propósitos que orienta a prática social do Direito Administrativo deve ser compreendido sob duas perspectivas; primeiro, no sentido de que suas regras possuem uma finalidade que não é imutável e que só pode ser compreendida no sentido da historicidade que a

---

<sup>611</sup> OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003. p.15.

<sup>612</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.60.

sustenta; e, segundo, o propósito de determinada prática social apto a orientar as decisões jurídicas no Direito Administrativo está hermeneuticamente ligada com o caso, na medida em que não se pode falar de decisão em abstrato.<sup>613</sup> A decisão é sempre do caso para o caso, ou, como diz Lenio Luiz Streck, “na linha do *hermeneutic turn*”.<sup>614</sup>

Apoiando-se nas reflexões de Dworkin e analisando o Direito Administrativo como prática social, é possível defender que em cada situação que se exija a decisão, é preciso analisar as condições históricas deste ramo do Direito e dos seus institutos, como condição de uma reconstrução interpretativa dos seus propósitos.

Do mesmo modo, faz-se necessária uma reflexão sobre as maneiras de compreensão dos institutos do Direito Administrativo e os argumentos que foram utilizados para justificá-los ao longo do tempo. Ou, como sustenta Dworkin, somente com a reflexão sobre as práticas sociais se faz possível adotar uma “atitude interpretativa” a partir do interior da própria prática. Com essas condições já se torna possível em matéria de controle dos atos da Administração Pública modificar profundamente a visão convencionalista do controle de legalidade erigido no século XX.

Em sua teoria, Dorkin manifesta seu entendimento de que a interpretação das práticas sociais em muito se assemelha à interpretação artística ou construtiva, visto que por meio delas interpreta-se determinado objeto criado pelos indivíduos, mas que representa uma entidade deles distinta. Por meio da interpretação construtiva, não se busca traduzir a intenção do autor de uma obra ou texto e, assim, o intérprete deve voltar suas preocupações ao propósito, não à causa.

Com base nas observações de Dworkin, a compreensão do Direito Administrativo como prática interpretativa exige que o intérprete concentre seus esforços com os propósitos do texto e, não com a sua causa e, que os propósitos que estão em jogo não são aqueles do

---

<sup>613</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

<sup>614</sup> STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p.226. Nos dizeres do autor: “os princípios acontecem sempre no caso concreto, porque é por eles que o “ethos”, o “factum” social – sempre ficcionalizados pelo positivismo – penetram em situações concretas. Na verdade preceitos (se assim se quiser, regras) igualmente acontecem em situações concretas. Não fosse assim e estaríamos cindindo situações de direito de situações fáticas, isso parece indubitável. Daí a impossibilidade de hierarquizar ou metodologizar a aplicação dos princípios a partir de critérios “prima facie”; daí a impossibilidade de compreender os princípios como enunciados assertóricos, o que os transformaria em meta ou super-regras.”

autor do texto e sim do próprio intérprete, a quem cabe impor um sentido a uma prática social, descrevendo os princípios que supõe que ela atenda.

Trata-se de realçar o Direito Administrativo e seus institutos, a fim de torná-lo o melhor exemplo possível e não de fazer de sua prática aquilo que ele, o intérprete, desejaria que fosse, ou, nas palavras de Dworkin:

Diríamos então, que toda interpretação tenta tornar um objeto o melhor possível, como exemplo de algum suposto empreendimento, e que a interpretação só assume formas diferentes em diferentes contextos porque empreendimentos diferentes envolvem diferentes critérios de valor ou de sucesso.<sup>615</sup>

Evidentemente que essa complexa atividade construtiva, no sentido de determinar o propósito do Direito Administrativo, exige maiores esforços por parte do intérprete quando da ocorrência de divergências interpretativas, pois ao mesmo tempo em que deve rejeitar o relato dos fatos estabelecidos no passado, também têm limitado o intenso pensamento para o futuro. Ou seja, o intérprete deve estar ciente de que o conjunto de propósitos que orienta a prática social do Direito Administrativo não é estanque, e que esse propósito, apto a orientar as suas decisões, está hermeneuticamente ligado com o caso.

Superadas essas condições, o intérprete deve concentrar suas atenções no sentido de problematizar o conceito interpretativo do instituto, sobre o qual incide a divergência interpretativa e o processo de tomada da decisão jurídica, e a partir de então identificar as normas e os princípios constitucionais que se apresentam cruciais para o processo de interpretação de questões no âmbito do Direito Administrativo, ciente de que foram elas criadas por um único autor, a comunidade personificada e que nessa condição expressam uma concepção coerente de justiça, equidade e devido processo legal.

O modo de ser do Direito Administrativo, como propósito, dá-se no horizonte histórico de sentido do constitucionalismo contemporâneo, a partir da totalidade de indicações normativas do próprio texto constitucional, oscilando na materialização dos direitos fundamentais e na concretização das “virtudes constitucionalmente institucionalizadas” de uma vida boa – uma boa Administração Pública, destacando a importância de construir uma Administração Pública

---

<sup>615</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.65.

cumpridora dos seus deveres legais e constitucionais, agindo com transparência, imparcialidade e respeito à moralidade.<sup>616</sup>

Dessas constatações decorre a importância de se enxergar o Direito Administrativo como prática interpretativa, como condição de qualificar a juridicidade do controle da Administração Pública. O Direito Administrativo não se limita a um simples conjunto de regras isoladas, mas um complexo conjunto de outras práticas compartilhadas para a melhor forma de realizar o conjunto de princípios que o caracteriza. Partindo do pressuposto da institucionalização democrática do Direito, pode-se defender legitimamente que o Direito Administrativo “serve para um propósito constitucional, situando-se nesse horizonte de sentido as condições de possibilidade da sua correta descrição no caso, e do controle de juridicidade”.<sup>617</sup> Como afirmou Ronald Dworkin:

Uma interpretação é, por natureza, o relato de um propósito; ela propõe uma forma de ver o que é interpretado – uma prática social ou uma tradição, tanto quanto um texto ou uma pintura – como se este fosse o produto de uma decisão de perseguir um conjunto de temas, visões ou objetivos, uma direção em vez de outra. Essa estrutura é necessária a uma interpretação, mesmo quando o material a ser interpretado é uma prática social, mesmo quando não existe nenhum autor real cuja mente possa ser investigada.<sup>618</sup>

A ideia de interpretação construtiva sobre a qual se sustenta a teoria de Ronald Dworkin contribui, sobremaneira, para o tema do controle das competências da Administração Pública, porquanto estabelece parâmetros hermenêuticos para o Direito Administrativo, que permitem, da melhor forma possível, tornar efetivos os valores estabelecidos na Constituição Federal, por meio dos princípios.

Para melhor compreender e, até mesmo interpretar o Direito Administrativo, há que se partir de uma concepção de integridade e coerência, na maneira em que estruturado não somente por regras positivas isoladas, mas também por princípios que mantêm relação com as regras ao justificá-las, orientando todo o arsenal jurídico.

É justamente nessa linha de compreensão que se justifica a hipótese de que o artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa impõe à Administração o dever de aguardar o trânsito

---

<sup>616</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

<sup>617</sup> OHLWEILER, loc. cit.

<sup>618</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.71.

em julgado da decisão judicial, para o fim de tornar efetiva a penalidade de demissão ao servidor processado por fato subsumível ao tipo de improbidade administrativa.

As disposições do referido artigo mantêm coerência não só com o artigo 37 da Constituição Federal, mas também com os demais princípios que informam o regime jurídico administrativo por ela implantado – dignidade da pessoa humana, juridicidade, tipicidade, culpabilidade, presunção da inocência, proporcionalidade, equidade, devido processo legal, e prestação jurisdicional acerca da violação a direito –, revelando o ideal de integridade como exigência de que o Estado aja segundo um conjunto único e coerente de princípios, especialmente com o fim de controlar as atividades discricionárias e arbitrárias.

É justamente nesse sentido que Dworkin se manifesta,

O princípio judiciário de integridade instrui os juízes a identificar direitos e deveres legais, até onde for possível, a partir do pressuposto de que foram todos criados por um único autor – a comunidade personificada –, expressando uma concepção coerente de justiça e equidade.

Segundo o direito como integridade, as proposições jurídicas são verdadeiras se constam ou derivam dos princípios de justiça, equidade e devido processo legal que oferecem a melhor interpretação construtiva da prática jurídica da comunidade.<sup>619</sup>

E é a partir desse raciocínio que o autor sustenta o que ele denomina comunidade de princípios:

[...] as pessoas são membros de uma comunidade política genuína apenas quando aceitam que seus destinos estão fortemente ligados da seguinte maneira: aceitam que são governadas por princípios comuns, e não apenas por regras criadas por um acordo político.<sup>620</sup>

Portanto, a concepção de juridicidade administrativa, decorrente do constitucionalismo contemporâneo exige integridade, de maneira que não só os agentes da Administração Pública, mas também os juízes e os tribunais quando do controle dos atos administrativos, devem estar cientes de que o exercício das competências administrativas deve amoldar-se aos propósitos

---

<sup>619</sup> DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.271-272.

<sup>620</sup> Ibid., p.254.



da prática social em jogo e guardar coerência e integridade com os princípios da comunidade política – cidadãos, doutrina e jurisprudência – à qual pertencem.<sup>621</sup>

Quando presente a incerteza no ato da interpretação para a edição dos atos administrativos, especialmente aqueles que implicam a imposição de sanções que possam refletir consideravelmente na esfera de direitos dos cidadãos – como a demissão do serviço público – os agentes públicos têm o dever de decidir segundo a concepção que melhor realize o Direito Administrativo constitucionalizado.

Por sua vez, o Poder Judiciário, quando do controle desses atos e após confrontar as concepções em jogo, deverá decidir segundo a concepção que melhor espelhe a prática social em jogo, e que possibilite o sentido de integridade constitucional, garantindo, assim, a unidade do regime jurídico disciplinar implantado com a Constituição Federal de 1988.

---

<sup>621</sup> OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

## 7 CONCLUSÕES

Logo no início do trabalho, verificou-se que no século XIX, tanto na Alemanha como na França, significativas foram as reflexões sobre a noção de Estado de Direito. Para a doutrina, nas relações estabelecidas com seus cidadãos e visando à garantia deles, o Estado deve submeter-se a um regime de direito, pelo qual suas atividades são reguladas por um conjunto de regras de natureza diversa, umas estabelecendo os direitos conferidos aos indivíduos assegurando-lhes a liberdade, outras estabelecendo os instrumentos que podem ser utilizados visando à realização dos fins do Estado. O objetivo dessas duas classes de regras é conformar o exercício do poder estatal à ordem jurídica estabelecida.

Nesse sentido, o regime do Estado de Direito estaria caracterizado no fato que as regras impositivas de limitações à atividade estatal, estabelecidas pelo próprio Estado no interesse dos cidadãos, podem por eles ser invocadas na defesa de seus direitos. Ou seja, nas concepções liberais, o Estado de Direito é aquele que prescreve em seu ordenamento regras referentes ao exercício do poder pelo Estado e, ao mesmo tempo atribui aos cidadãos, como sanção dessas regras, o poder jurídico de atuarem perante um órgão jurisdicional com o propósito de obterem a anulação ou a revogação dos atos estatais, causadores de lesão aos seus direitos individuais.

Diante dessas observações, foi possível resgatar alguns elementos que passaram a dar a tônica do Estado de Direito já no despontar do século XX, resumidamente assentados nas seguintes bases: (i) na superioridade da lei, vista como manifestação da vontade geral do povo, estabelecida formalmente pelo legislador; (ii) no estabelecimento da divisão dos poderes do Estado, compreendida como distribuição das diversas funções estatais; (iii) no princípio da legalidade da atividade administrativa, ou seja, a atuação do Estado condicionada à lei e sujeita ao controle jurisdicional; (iv) no estabelecimento de regras referentes aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos, reconhecidos sob garantia jurídico-formal e efetiva realização material.

Ao mesmo tempo, o Estado de Direito também se caracterizou como sendo um Estado constitucional, em decorrência do constitucionalismo desenvolvido na França, que consagrou o princípio de constitucionalidade da ordem jurídica, de sorte a justificar o surgimento de um Estado vinculado ao direito. Nessas condições, surge o Estado constitucionalmente estruturado, que tem suas atividades previamente reguladas por leis aprovadas pelo Parlamento, cujos representantes são eleitos pelo povo. Por meio das Constituições, restou assegurado o

exercício do poder ao Estado mediante a distribuição das suas funções fundamentais, dentro de um sistema político que permitiu o reconhecimento jurídico-formal e a garantia dos direitos fundamentais do povo, cujas concepções acabariam por influenciar todo o pensamento político e jurídico do século XIX.

Desde então passou a conceber-se a Constituição como a lei do Estado e representativa do seu poder, ou seja, a Constituição passa a ser considerada como o estatuto indispensável do Poder e, nesse sentido, é possível afirmar que não se pode mais cogitar a existência de um Estado, por qualquer que seja seu conceito e justificação, sem as significativas qualidades identificadas pelo marcante fenômeno do constitucionalismo, que são o Estado de Direito e o Estado Democrático. Trata-se de um Estado que obrigatoriamente se submete às regras do direito e que esteja estruturado por leis, em especial a lei constitucional, um Estado no qual deve estar estabelecida estreita conexão interna entre dois grandes princípios, democracia e Estado de Direito, ou seja, um Estado Constitucional Democrático de Direito.

No entanto, os primeiros passos de um novo constitucionalismo, voltado à concretização e efetivação dos direitos fundamentais, somente se deram a partir do Segundo Pós-Guerra, com o Constitucionalismo contemporâneo, e que tem como marco filosófico o pós-positivismo. Trata-se de um novo modelo jurídico-político que passou a representar os Estados Democráticos de Direito da contemporaneidade, que pressupõe a Constituição como centro do ordenamento jurídico e que, nessas condições, passa a operar com normatividade, eficácia direta e imediata; um pressuposto indispensável à efetividade do direito em toda a sua manifestação.

Esse modelo se apresentou como um novo paradigma filosófico, que a doutrina denomina pós-positivismo, caracterizado pela busca da reconstrução dos laços entre o Direito, ética e a justiça, de maneira a reaproximar o fenômeno jurídico das exigências de uma nova realidade social, política e econômica.

No plano teórico, três características desse novo constitucionalismo possibilitaram o surgimento de uma nova forma de se conceber, interpretar e aplicar o Direito Constitucional: o reconhecimento da força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o surgimento de diferentes categorias de interpretação constitucional.

Todo esse processo de evolução do constitucionalismo acabou repercutindo na modificação das fontes do direito, pois os valores abrigados nos princípios e nas regras constitucionais passaram a permear todo o sistema jurídico. Esse fenômeno da hierarquização das fontes acabou por transformar significativamente as formas de compreensão do Direito Administrativo.

Essa necessidade de redefinição teórica das fontes é de fundamental importância, não somente pelo fato que, no Brasil, a Constituição de 1988 destinou um extenso rol de normas relativas à Administração Pública, mas especialmente porque é indiscutível que a força vinculante de suas normas apresenta-se de maneira mais direta e intensa. Tais condições se apresentam como instrumentais que possibilitam superar de vez a concepção tradicional da supremacia do interesse público sobre o particular e, ao mesmo tempo, edificar um novo paradigma, que tenha suas atenções voltadas ao princípio da dignidade humana e à supremacia dos direitos fundamentais.

Reconhecer que a Constituição é a fonte principal do Direito Administrativo, significa adequá-lo à nova realidade social, política e econômica, e alçá-lo ao patamar das instituições constitucionais. Para isso, faz-se necessário que toda atividade administrativa estatal esteja impregnada com o real sentido das Constituições contemporâneas, de maneira a propiciar a realização efetiva dos direitos fundamentais e valores nelas consagrados.

O Constitucionalismo contemporâneo está a exigir que se atribua uma nova dimensão aos princípios constitucionais administrativos, não só àqueles expressamente previstos no capítulo reservado à Administração Pública, mas a todos aqueles que vinculam a atividade do administrador, como a segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, do contraditório, da juridicidade, tipicidade, prestação jurisdicional acerca da violação a direito etc.

Portanto, é somente a partir das concepções que conferem suporte ao novo constitucionalismo que se torna possível o surgimento de um regime jurídico administrativo, agora sob uma nova base, ou seja, no âmbito dos sentidos edificados a partir da Constituição como centro de legitimação e validade das decisões estatais.

Para tanto, chegou-se à conclusão de que três paradigmas clássicos devem ser superados: (i) a noção de supremacia do interesse público sobre o interesse privado pela ideia de supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais; (ii) a ideia da vinculação da Administração à lei pela ideia de uma nova dimensão ao padrão de legalidade, transmudando o princípio da legalidade em princípio da subordinação à Constituição; e (iii) a ideia de escolhas discricionárias, que restringem o controle da Administração por parte do Poder Judiciário, pela ideia de que os princípios constitucionais que informam o regime jurídico da Administração Pública reduziram a noção de discricionariedade, que passa a estar limitada aos procedimentos previstos na Constituição, ou seja, a discricionariedade contida, que amplia consideravelmente os espaços do controle da atividade administrativa, em especial o jurisdicional.

O referencial dessas alterações é a Constituição, que assumiu a função de âncora normativa, e que possibilitará legitimar novos institutos e conceitos do Direito Administrativo, especialmente do processo administrativo disciplinar.

Nesse aspecto, afirmou-se que a configuração constitucional do processo administrativo disciplinar, que resulta da conjugação das garantias estabelecidas no artigo 5.º, incisos LIV e LV, incide frontalmente no exercício da competência disciplinar, para vincular o legislador, o aplicador e o intérprete à observância do devido processo legal, como forma de assegurar ao servidor acusado todas as garantias legais e constitucionais, especialmente as garantias do juiz natural, da tipicidade, da presunção de inocência e da segurança jurídica.

Como resultado da vinculação do legislador e do administrador à Constituição, não somente a legislação, mas também o exercício das competências disciplinares devem refletir, na realidade prática, as garantias constitucionais asseguradas aos servidores públicos.

Com base nessa premissa, os títulos IV e V, da Lei n.º 8.112/90, que regulam o regime disciplinar e o processo administrativo disciplinar, devem estar em harmonia com as garantias constitucionais asseguradas aos servidores públicos nos incisos LIV e LV do artigo 5.º da Constituição Federal, sob pena de serem declarados inconstitucionais, por meio dos mecanismos de fiscalização de constitucionalidade das leis.

No entanto, foi possível observar no desenvolvimento do trabalho que, a despeito da consagração dos valores na Constituição, da normatividade dos princípios e, mesmo diante da significativa renovação da teoria constitucional brasileira, com grandes reflexos em toda a teoria jurídica, a Administração Pública Federal, em matéria de legislação e prática do processo administrativo disciplinar, ainda se encontra em pleno estado maior da legalidade.

Melhor explicando, no exercício da competência disciplinar, na qual estão envolvidos direitos fundamentais dos servidores públicos e interesses do próprio Estado, tanto o legislador quanto a Administração Pública, ainda se encontram fortemente apegados à ideia de um regime jurídico administrativo fundado na potestade absoluta da Administração, nos institutos da autoexecutoriedade, da legalidade estrita e, da discricionariedade como liberdade, cujas concepções não mais se amoldam aos padrões normativos estabelecidos pela Constituição de 1988.

Tanto que desde que promulgada, a Lei n.º 8.112/90 não sofreu por parte do legislador qualquer alteração substancial no que se refere ao regime disciplinar e ao processo administrativo disciplinar, regulados, respectivamente, nos seus capítulos IV e V, de maneira a adequá-los à nova realidade constitucional, o que demonstra a falta de apreço do Poder Público, certo preconceito, no sentido de que os bens e interesses dos seus servidores têm menor importância.

Foi possível demonstrar no trabalho que o descaso do legislador, e até mesmo da doutrina e da jurisprudência, reflete diretamente na prática do processo administrativo disciplinar, pois não raro o administrador, valendo-se dessa concepção reducionista em matéria disciplinar, utiliza-se do sistema para perseguir, favorecer, enfim, para a edição de atos impessoais, arbitrários, contrários aos valores constitucionais, frustrando, por completo, as expectativas da segurança jurídica e certeza do direito.

Essa situação se agrava mais ainda nestes tempos de “caça as bruxas”, em que predomina na opinião pública a ideia de que a corrupção é regra no serviço público e, assim, não lhes interessa quais os meios que serão utilizados para apuração das irregularidades, mas a punição que será aplicada. Indiferente ao fato de terem ou não praticado infrações disciplinares, os servidores acusados terão que invariavelmente servir de exemplo para a sociedade e, para os adeptos das redes sociais, mesmo que a prova produzida no decorrer da fase de instrução dos processos não seja suficiente para motivar uma decisão condenatória e para a imposição de penalidades.

Nesse quadro, o processo não mais se presta a apurar a existência de uma suposta transgressão disciplinar, mas para punir aquele que já se apresenta como culpado.

Como consequência dessa concepção reducionista no âmbito da doutrina, da legislação, da prática administrativa do processo disciplinar e, até mesmo das próprias decisões judiciais, não raro são as significativas violações a garantia do devido processo legal e dos seus desdobramentos que acabam por vulnerar a tão almejada segurança jurídica dos servidores públicos.

As singelas, mas substanciais constatações feitas no quinto capítulo são suficientes para demonstrar que é flagrante o descaso da Administração Pública com seus servidores, especialmente quanto ao exercício da competência disciplinar. A legislação e prática do regime disciplinar, e do processo administrativo disciplinar, ainda se apresentam fortemente marcadas pela legalidade formal, pela pessoalidade e até mesmo pelo autoritarismo.

Ainda que se pretenda mitigar a gravidade das falhas inerentes ao regime e à estrutura do processo administrativo disciplinar, configurados na Lei n.º 8.112/90, com a assertiva de que os eventuais vícios podem ser corrigidos *a posteriori* pelo Poder Judiciário, tal argumento não é suficiente para afastar os notórios prejuízos financeiros e morais passíveis de serem experimentados pelos servidores públicos demitidos ao cabo de tais procedimentos.

De fato, uma vez encerrado o processo administrativo e implementada a demissão do servidor público, a percepção de seus vencimentos cessa imediatamente e, paralelamente a isso, a apreciação da demanda judicial proposta, ainda que em sede de tutela de urgência,

levará algum tempo para ocorrer. Em muitos casos, o pleito só vem a ser analisado no momento em que se decide o mérito propriamente dito.

Até lá, as demissões advindas de procedimentos viciados permanecerão a surtir efeitos e, o que é pior, privando o servidor de verbas alimentares imprescindíveis para o seu sustento e de seus familiares, mitigando cada vez mais a confiança dos demais agentes públicos nos institutos da estabilidade e do processo disciplinar, em notório prejuízo à escorreita atuação da Administração Pública.

Embora desanimadora a situação em que se encontram os servidores públicos sujeitos à competência disciplinar da Administração Pública, especialmente quando acusados da prática de atos de improbidade administrativa em processos administrativos disciplinares, isso não requer a defesa de soluções mirabolantes, muito menos se pretende a crítica pela crítica.

O que se busca é a profissionalização da atividade administrativa e o aperfeiçoamento do sistema jurídico disciplinar, com a correta aplicação das garantias constitucionais, na legislação e prática administrativa, de modo a evitar o uso equivocado da competência disciplinar.

No entanto, enquanto não realizadas as necessárias alterações no regime disciplinar e na atual estrutura do processo administrativo disciplinar dos servidores públicos federais, de maneira que se possam materializar, efetiva e integralmente, as garantias constitucionais do devido processo legal, outra não é conclusão, senão que os títulos IV e V da Lei n.º 8.112/90 ostentam vícios de inconstitucionalidade, que lhes retiram a segurança jurídica, afrontando o artigo 5.º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, e, como tal, não se apresentam válidos a legitimar o exercício da competência disciplinar da Administração Pública.

Nessa condição, tanto o regime como o procedimento disciplinar da Lei n.º 8.112/90 não são hábeis para materializar, efetiva e integralmente, as garantias constitucionais dos servidores públicos em eventual acusação por ato de improbidade administrativa.

Com base nessa observação, chegou-se à conclusão que somente o regime sancionador e o procedimento judicial estabelecidos na Lei de Improbidade Administrativa, por estarem em conformidade com a Constituição Federal, são capazes de assegurar aos servidores públicos acusados por ato de improbidade administrativa o devido processo legal e as garantias que lhe são inerentes, especialmente a segurança jurídica e presunção de inocência.

Duas observações foram feitas nesse sentido. A primeira é de que a Lei de Improbidade Administrativa, de matriz constitucional, revogou tacitamente o artigo 132, IV do Estatuto dos Servidores Públicos, excluindo-o do regime sancionatório estatal e, nessa condição, o servidor

somente poderá ser demitido por improbidade administrativa, quando cometer ato previsto em um dos tipos legais estabelecidos nos artigos 9.º, 10, e 11 da Lei n.º 8.429/92.

Posteriormente, demonstrou-se que a Lei de Improbidade Administrativa, que regulamentou o parágrafo 4º do artigo 37 da Constituição Federal, ao integrar o regime constitucional da Administração Pública, apresenta-se como instrumento de garantia dos servidores públicos perante a competência disciplinar da Administração Pública, ao condicionar os efeitos das decisões proferidas nos procedimentos punitivos por ato de improbidade administrativa à reserva intransponível da jurisdição.

Nessas condições, o devido processo legal, materializado na Lei de Improbidade Administrativa, passa a ser o abrigo e a proteção dos servidores públicos, como condição de realização dos valores constitucionais, não se equiparando, portanto, ao procedimento meramente formal estabelecido no capítulo V, da Lei n.º 8.112/90.

Evidentemente que essa compreensão exige o desapego às ideias clássicas de legalidade, da autonomia das instâncias, da autotutela, de prerrogativas especiais, que implicam a atribuição de uma potestade punitiva absoluta à Administração, próprias do período em que as funções de julgar e punir eram exclusividade do Poder Executivo, ou seja, numa época em que não se atribuía aos direitos subjetivos o sentido e a dimensão que o constitucionalismo contemporâneo lhes reconhece.

Os direitos subjetivos só vão atingir o seu real significado jurídico quando se admitir a ideia de que a ampliação do controle jurisdicional material da Administração Pública não implica, necessariamente, a violação ao princípio da separação dos poderes.

O Estado Constitucional encontra seu fundamento na necessidade de proteção da sociedade contra as arbitrariedades do Poder Público e, nessa condição, o Poder Público passa a se submeter aos direitos subjetivos individuais, assumindo o dever de preservá-los mediante as garantias que fundamentam o Estado Democrático de Direito, no que sobressai a reserva intransponível da jurisdição.

O controle do poder estatal, especialmente o controle jurisdicional dos atos da Administração Pública, é uma das mais significativas características do Estado Constitucional, no qual se estabelece o trinômio direitos subjetivos/jurisdição/processo como o tripé de apoio das liberdades, vistas como contenção do arbítrio e do abuso de poder.

Portanto, faz-se necessária uma releitura do controle da competência da Administração Pública a partir da concepção de juridicidade, com a relevante contribuição da proposta hermenêutica de Ronald Dworkin, traduzida na “interpretação construtiva”, indispensável para



o estabelecimento de critérios, e condição de justificação das decisões jurídicas no âmbito do Direito, especialmente quando da ocorrência de divergências interpretativas.

Com base na teoria de Dworkin, é possível sustentar o entendimento manifestado neste trabalho, no sentido de que o procedimento judicial estabelecido na Lei de Improbidade Administrativa, por estar em conformidade com a Constituição Federal de 1988, apresenta-se, em relação ao procedimento administrativo disciplinar previsto na Lei n.º 8.112/90, em melhores condições de assegurar aos servidores públicos acusados por ato de improbidade administrativa, o devido processo legal e as garantias que lhe são inerentes.

Não se está a afirmar com essas conclusões que a Administração Pública não possa exercer a sua competência disciplinar, valendo-se do processo administrativo disciplinar para apurar eventuais condutas consideradas irregulares de seus servidores, mesmo porque está obrigada a tanto.

No entanto, em razão do dever de observância da cláusula do devido processo legal, a Administração deverá observar a tipificação da conduta ímproba contida nos artigos 9.º, 10, 11 da Lei de Improbidade, bem como aguardar, na conclusão do processo administrativo disciplinar, o trânsito em julgado da decisão judicial proferida em ação judicial por ela mesmo proposta, ou até mesmo pelo Ministério Público Federal, na forma do que dispõe o artigo 20 da referida Lei, como uma maneira de assegurar a presunção de inocência e a segurança jurídica.

Por outro lado, é importante esclarecer que não se pretende, com essas conclusões, acobertar os servidores públicos que infringem as normas de conduta da estrutura interna da Administração Pública, em detrimento da competência punitiva do Estado.

O que se quer afirmar é que, em matéria de improbidade administrativa, só quem pode decretar definitivamente a perda do cargo é o Poder Judiciário, mediante a cognição ampla, para que o juiz, verificando se realmente o servidor praticou a conduta proibitiva, aplique-lhe a sanção; o juiz, e não o administrador, por força do disposto no artigo 20 da Lei de Improbidade Administrativa.

O papel do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito é o de interpretar a Constituição e as leis, resguardando direitos e assegurando o respeito ao ordenamento jurídico. Em muitas situações, caberá a juízes e tribunais o papel de construção do sentido das normas jurídicas, notadamente quando esteja em questão a aplicação de termos jurídicos indeterminados e de princípios.

Somente observadas essas condicionantes é que se garante a efetiva tutela dos direitos e das garantias individuais do servidor público e não o reconhecimento de um procedimento

administrativo disciplinar “meramente formal”, em que a decisão final ficaria imune ao reexame do órgão constitucional competente para afirmar, com definitividade, a violação ou não a direito.

O controle jurisdicional das competências da Administração Pública deve ser concebido no âmbito da constitucionalização de todos os espaços de decisão, não sendo admissível falar-se em zonas de imunidade de poder e de discricionariedade ilimitada, sob pena de legitimar-se o arbítrio. Somente com o reconhecimento da supremacia da Constituição e, da normatividade dos princípios, é que será possível legitimar de vez o controle jurisdicional da competência disciplinar da Administração Pública, cujo controle deve ser exercido no âmbito dos sentidos edificados a partir da Constituição Federal de 1988, como centro de legitimação e validade de todas as decisões estatais.

O Poder Judiciário deve estar comprometido com uma visão constitucional sobre as práticas administrativas, abandonando as concepções ainda atreladas ao pensamento liberal-individualista da função jurisdicional (separação dos poderes, discricionariedade, autonomia das instâncias); falar em controle jurisdicional das competências da Administração Pública exige repensar a dogmática tradicional, pois o ponto de partida que hoje impõe o texto constitucional, não tem relação com aquele que está na base de todo o processo histórico de construção das técnicas de controle do exercício dos poderes administrativos. O que antes era exceção, o princípio hodierno é a submissão plena de toda atuação da Administração à lei e ao Direito.

Admitir o controle da juridicidade em substituição à legalidade pressupõe o descarte da concepção legalista, e o reconhecimento de que o Poder Público deve limitar-se também pelo conjunto de regras e princípios constitucionais, que, por sua vez, devem guardar integridade e coerência.

## REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Discrecionalidade administrativa e judicial**: o ato administrativo e a decisão judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- ALCALÁ ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**. 2.ed. México: UNAM, 1970. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/146PROCESOAUTOCOMPOSICIONyDEFENSA.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.
- ALCALÁ ZAMORA, Niceto. **Proceso, autocomposición y autodefensa**: contribución al estudio de los fines del proceso. México: UNAM. 2000. Disponível em: <<http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/146procesoautocomposicionydefensa.pdf>>. Acesso em: 08 fev. 2016.
- ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano**. Milano: Giuffrè, 1953.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. **Ratio Juris**, v.16, n.2, p.131-140, jun. 2003
- \_\_\_\_\_. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALEXY, Robert. **Conceito e validade do direito**. Tradução de Gercélia Mendes. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- AMARAL, Diogo Freitas. **Direito administrativo**. Lisboa: Almedina, 1983. v.3.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.
- ARAÚJO, Florivaldo Dutra de. Discrecionalidade e motivação do ato administrativo. In: LIMA, Sérgio Mourão Correia (Coord.). **Temas de direito administrativo**: estudos em homenagem ao professor Paulo Neves de Carvalho. Rio de Janeiro: Forense. 2006. p.74-98.
- AVELÃS NUNES, Antonio José. Aventuras e desventuras do Estado Social. **Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico**, v.3, n.1, p.141-223, 2001.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Princípios constitucionais do processo administrativo disciplinar**. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Processo administrativo disciplinar**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade judicial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 5.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, v.23, n.1, p.20-49, 2007.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito constitucional contemporâneo**: os conceitos fundamentais e a construção de um novo modelo. São Paulo: Saraiva, 2009.

BATISTA, Antônio Sérgio; ANDRADE, Samir Maurício. Súmula vinculante n.5: lamentável retrocesso. **Revista Jurídica Consulex**, Brasília, v.12, n.276, p.14-16, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e Estado de exceção permanente**: atualidade de Weimar. Rio de Janeiro: Azougue Editorial, 2004.

BERNARDES FILHO, Hugo Gueiros. Instituto da jurisdição administrativa francesa e o sistema jurídico brasileiro. **Revista de Direito Público**, São Paulo, v.22, n.91, p.52-67, jul./set. 1989.

BINENBOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**, Salvador, n.13, p.26-44, 2008.

\_\_\_\_\_. **O sentido da vinculação administrativa à juridicidade no direito brasileiro**. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.145-204.

\_\_\_\_\_. **Uma teoria do direito administrativo**: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 2.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995.

BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de política**. Tradução de Carmen C. Varriale et al.; Coord. Tradução de João Ferreira; Revisão geral de João Ferreira e Luis Guerreiro Pinto Cacaís. 11.ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1998. v.1.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11.ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**: teoria geral do direito processual civil. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2008. v.1.

\_\_\_\_\_. O modelo constitucional do direito processual civil: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas implicações. In: JAYME, Fernando Gonzaga; FARIA, Juliana Cordeiro de; LAUAR, Maira Terra (Coord.). **Processo civil**: novas tendências: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior. Belo Horizonte: Del Rey, 2008. p.157-166.

BUENO, Cassio Scarpinella; PORTO FIHO, Pedro Paulo de Rezende. **Improbidade administrativa**: questões polêmicas e atuais. São Paulo: Malheiros, 2001.

CALAMANDREI, Piero. **Processo e democrazia**. Padova: Cedam, 1954.

\_\_\_\_\_. **Eles, os juízes, vistos por um advogado.** São Paulo: Martins Fontes, 1995.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional.** Coimbra: Livraria Almedina, 1993.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional.** 6.ed. Coimbra: Almedina, 1995.

\_\_\_\_\_. **Constituição dirigente e vinculação do legislador:** contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito constitucional e teoria da Constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004.

CARBONEL, Miguel. El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. In: CARBONEL, Miguel; JARAMILLO, Leonardo Garcia (Orgs.). **El canon neoconstitucional.** Madrid: Trota, 2010. p.58-84.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de direito processual civil.** Campinas: Classic Book, 1999.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo.** 17.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

CARVALHO, Antônio Carlos Alencar. Demissão de servidor público por prática de ato de improbidade administrativa sob a ótica da jurisprudência dos tribunais superiores e da doutrina. **Jus Navigandi**, Teresina, v.11, n.1582, 31 out. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10567>>. Acesso em: 20 jan. 2016.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria do sistema jurídico:** direito, economia, tributação. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2005.

CASTANHEIRA NEVES, Antonio. **A crise actual da filosofia do direito no contexto da crise global da filosofia:** tópicos para a possibilidade de uma reflexiva habilitação. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Presença facultativa de advogado no processo disciplinar: idas e vindas da jurisprudência e a Súmula Vinculante n.5. **Revista Zênite de Direito Administrativo e LRF – IDAF**, Curitiba, v.8, n.86, p.147-150, set. 2008/2009.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. **Direito e processo disciplinar.** 2.ed. Rio de Janeiro: FGV, 1996.

CHEVALIER, Jaques. **L'État de Droit.** Paris: Montchrestien, 1992.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil.** São Paulo: Saraiva, 1965.

CHUEIRE, Vera Karam de. **Filosofia do direito e modernidade:** Dworkin e a possibilidade de um discurso instituinte de direitos. Curitiba: JM, 1995.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido R. **Teoria geral do processo.** 19.ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **A fiscalização abstrata da constitucionalidade no direito brasileiro.** 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

\_\_\_\_\_. A teoria constitucional e o direito alternativo: para uma dogmática constitucional emancipatória. In: **Uma vida dedicada ao direito**: homenagem a Carlos Henrique de Carvalho – o editor dos juristas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p.28-57.

COELHO, Inocêncio Mártires. O novo constitucionalismo e a interpretação constitucional. **Direito Público**, América do Norte, v.3, n.12, p.48-73, abr./maio/jun. 2006.

COMANDUCCI, Paolo. **(Neo)Constitucionalismo**: un análisis metateórico. Biblioteca Virtual Universitat Pompeu Fabra, Barcelona. Disponível em: <[http://http://www.upf.edu/filosofiadeldret/\\_pdf/comanducci-formas.pdf](http://http://www.upf.edu/filosofiadeldret/_pdf/comanducci-formas.pdf)>. Acesso em: 08 jan. 2016.

COSTA, José Armando da. **Direito administrativo disciplinar**. 2.ed. São Paulo: Método, 2009.

COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

COSTA, Regina Helena. Conceitos jurídicos indeterminados e discricionariedade administrativa. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**, n.29, p.79-108, 1988.

COUTO E SILVA, Almiro. Princípios da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no estado de direito contemporâneo. **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.27, n.57, p.13-32, 2003.

CRETELLA JÚNIOR, José. **O “desvio de poder” na administração pública**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

\_\_\_\_\_. **Prática do processo administrativo**. 8.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n.19, p.21-38, 1981/82.

\_\_\_\_\_. **Instituições de direito processual civil**. São Paulo: Malheiros, 2001. v.1.

\_\_\_\_\_. **A instrumentalidade do processo**. 14.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Lei de introdução ao código civil brasileiro interpretada**. São Paulo: Saraiva, 2011.

DUARTE, Écio Oto Ramos; POZZOLO, Susanna. **Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico**: as faces da teoria do direito em tempos de interpretação moral da Constituição. São Paulo: Landy, 2006.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

\_\_\_\_\_. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

\_\_\_\_\_. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ENTERRÍA, Eduardo García de. **La Constitución como norma y tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 1985.

\_\_\_\_\_. **As transformações da justiça administrativa**: da sindicabilidade restrita à plenitude jurisdicional. Tradução de Fabio Medina Osório. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDES, Tomás Ramon. **Curso de direito administrativo**. Revisão técnica de Carlos Ari Sundfeld; Tradução de José Alberto Froes Cal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

FABRE, Simone Goyard. **Os princípios filosóficos do direito político moderno**. Tradução de Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FAORO, Raimundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3.ed. São Paulo: Globo, 2001.

FAZZALARI, Elio **Instituições de direito processual**. Tradução de Elaine Nassif. Campinas: Bookseller, 2006.

FERNÁNDEZ, Tomás R. **De la arbitrariedad de la Administración**. 4.ed. Madrid: Civitas, 2002.

FERRAJOLLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2002.

\_\_\_\_\_. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista**. Tradução de André Karam. Disponível em: <<http://www.abdconst.com.br/revista3/luigiferrajoli.pdf>>. Acesso em: 08 jan. 2016.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Proibição administrativa**: comentários à Lei 8.429/92 e legislação complementar. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FIGUEROA, Alfonso Garcia. La Teoría del Derecho en Tempos de Constitucionalismo, In: CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003. p.159-186.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **Introdução ao direito processual administrativo**. São Paulo: RT, 1971.

FREITAS, Juarez de. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GARCIA PELAYO, Manuel Alonso. **Las Transformaciones Del Estado Constitucional**. Madrid: Alianza Universitária, 1995.

GARCIA, Manuel Calvo. **Los Fundamentos del Método Jurídico**: una revisión crítica. Madrid: Tecnos, 1994.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

GORDILLO, Agustín. La garantía de defensa como principio de eficacia en el procedimiento administrativo. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.10, p.16-24, out./dez. 1969.

\_\_\_\_\_. **Princípios gerais de direito público**. Tradução de Brasileira de Marco Aurelio Greco. São Paulo: RT, 1977.

\_\_\_\_\_. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5.ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2000. Tomo II.

GOZZI, Gustavo. Estado de direito e os direitos subjetivos na história constitucional alemã. In: COSTA, Pietro; ZOLO, Danilo (Orgs.). **O estado de direito**: história, teoria, crítica. Tradução de Carlo Alberto Dastoli. São Paulo: Martins Fontes, 2006. p.308-378.

GRACIA, Jaime Cárdenas. **La argumentación como derecho**. México: Universidad Autónoma de México, 2006.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 7.ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRECHINSKI, Maria Izabel Pohl. Do julgamento político dos processos administrativos disciplinares e da necessidade de uma justiça administrativa disciplinar especializada brasileira. **Revista Ibero-Americana de Direito Público – RIADP**, Rio de Janeiro, v.18, p.439-461, 2.º trimestre de 2005.

GRECO, Leonardo. Garantias fundamentais do processo: o processo justo. In: **Estudos de direito processual civil**. Campos dos Goytacazes: Editora Faculdade de Direito de Campos, 2005. p.54-69.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O princípio da ampla defesa. **Revista da Procuradoria do Estado de São Paulo**, n.19, p.9-20, dez./dez. 1981.

\_\_\_\_\_. Do direito de defesa em inquérito administrativo. **Revista do Direito Administrativo**, n.183, p.86-101, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **As nulidades no processo penal**. São Paulo: Malheiros, 1992.

GUEDES, Demian. **Processo administrativo e democracia**: uma reavaliação da presunção de veracidade. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

GUERRA, Sérgio. **Discrecionalidade e reflexividade**: uma nova teoria sobre as escolhas administrativas. Belo Horizonte: Fórum, 2008.



GUEST, Stephen. **Ronald Dworkin**. Tradução de Luís Carlos Borges. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos interpretes da Constituição**: contribuição para a interpretação pluralista e 'procedimental' da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e democracia**: entre facticidade e validade. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HESPANHA, Antônio Manoel. **Panorama histórico da cultura jurídica europeia**. Sintra: Europa-América, 1977.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

\_\_\_\_\_. **Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha**. Tradução de Luíz Afonso Heck. 20.ed. alemã. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

JELLINEK, Georg. **Sistema dei diritti subbietivi**. Roma-Milano-Napoli: Società Editrice Libreria, 1912.

JHERING, Rudolf Von. **Espíritu del Derecho Romano**. 2.ed. Madrid: Revista de Occidente, 1962.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8.ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KANT, Immanuel. **Ideia de uma história universal de um ponto de vista cosmopolita**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria geral das normas**. Tradução de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Fabris, 1986.

\_\_\_\_\_. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Batista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

\_\_\_\_\_. **La Garantía Jurisdiccional de la Constitución**: La justicia constitucional. Tradução de Rolando Tamayo y Salmerán. México: Universidad Nacional Autónoma de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. **Jurisdição constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

KRELL, Andreas J. **Discrecionalidade e proteção ambiental**: o controle dos conceitos jurídicos indeterminados e a competência dos órgãos ambientais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

KUHN, Thomas Samuel. **A estrutura das evoluções científicas**. São Paulo: Perspectiva, 2006.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma Constituição?** Porto Alegre: Editorial Villa Martha, 1980.

LEAL, Rosemiro Pereira. **Teoria geral do processo**: primeiros estudos. 8.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte-Real. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1980.

LUZ, Egberto Maia. **Direito administrativo disciplinar**: teoria e prática. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A teoria política do individualismo possessivo de Hobbes até Locke**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

MARTINS COSTA, Judith Hofmeister. **A boa-fé no direito privado**: sistema e tópica no processo obrigacional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARX, Karl. **La question juive**. Paris: Aubier, 1971.

MATTOS, Mauro Roberto Gomes de. Processo administrativo disciplinar e enquadramento da improbidade administrativa. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, v.10, n.546, 4 jan. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/6104>>. Acesso em: 14 abr. 2016.

\_\_\_\_\_. **Tratado de direito administrativo disciplinar**. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2008.

\_\_\_\_\_. **O limite da improbidade administrativa**: comentários à Lei n.º 8.429/92. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MEDAUAR, Odete. Administração pública: do ato ao processo. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). **Direito administrativo e seus novos paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p.406-420.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo moderno**. 16.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

\_\_\_\_\_. **A processualidade no direito administrativo**. 2.ed. São Paulo: RT, 2014.

MEDINA, José Miguel Garcia. A dimensão procedimental dos direitos e o projeto do novo CPC. **Revista da Ordem dos Advogados do Brasil**, v.40, n.90, p.15-30, jan./jun 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. Atualizado por Eurico de Andrade Azevedo, Décio Balestero Aleixo. 24.ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Controle judicial dos limites da discricionariedade administrativa. **Revista de Direito Público**, São Paulo, n.31, p.33-39, set./out. 1974.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 28.ed. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional 67, de 22.12.2010. São Paulo: Malheiros, 2011.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. 32.ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da CF/88. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. **Processo tributário administrativo federal, estadual e municipal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**: estudos de direito constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

MERKL, Adolfo. **Teoría General Del Derecho Administrativo**. México: Nacional, 1975.

MONTERO AROCA, Juan. **Introducción al Derecho Procesal**. Madrid: Editorial Tecnos, 1979.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **Espírito das Leis**. Tradução de Editora Saraiva Jur. Profissionalizante. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 27.ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Legitimidade e discricionariedade**: novas reflexões sobre os limites e controle da discricionariedade. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do estado de direito**: estudos em homenagem ao professor Almiro do Couto e Silva. São Paulo: Malheiros, 2005.

MOREIRA, Egom Bockmann. **Processo administrativo**: princípios constitucionais e a Lei 9.784/99. 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **La igualdad de las Partes en el Proceso Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 4.ed. São Paulo: RT, 1997.

\_\_\_\_\_. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Antonio Castanheira. **A Revolução e o direito**: a situação de crise e o sentido do direito no actual processo revolucionário. Lisboa: Ordem dos Advogados Portugueses, 1976.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito**: do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1987.

OHLWEILER, Leonel Pires. A efetividade do controle da administração pública no constitucionalismo contemporâneo: contributo de Ronald Dworkin para a teoria do direito administrativo. **Revista Eletrônica Direito e Política, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI**, Itajaí, v.10, n.2, p.785-813, 1.º quadrimestre de 2015. Disponível em: <<http://www.univali.br/direitoepolitica>>. Acesso em: 03 nov. 2015.

OLIVAS, Enrique; DIAZ OTERO, Eduardo. **Metafísica e historicidad em los derechos subjetivos**. Madrid: Livros Dykinson, 1997.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OLIVEIRA, Stênio Ribeiro de; GONÇALVES, Allan Alexandre Mendes. Súmula Vinculante n.5: a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a constituição. **Revista de Direito União Pioneira de Integração Social – UPIS**, Brasília, n.8, p.25-54, 2010.

OSÓRIO, Fábio Medina. Observações sobre improbidade dos agentes públicos à luz da Lei 8.429/92. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, n.740, p.96-115, jun. 1997.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo sancionador**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Improbidade administrativa**. 2.ed. Porto Alegre: Síntese, 1998.

OTERO, Paulo. **Legalidade e administração pública**: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade. Coimbra: Almedina, 2003.

PASSOS, José Joaquim Calmon de. Instrumentalidade do processo e devido processo legal. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, v.1, n.1, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>> . Acesso em: 02 mar. 2016.

PAZAGGLINI FILHO, Marino. **Princípios constitucionais reguladores da administração pública**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PAZZAGLINI FILHO, Marino; ROSA, Marcio Fernando Elias; FAZZIO JR, Waldo. **Improbidade administrativa**. 4.ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PEDRON, Flávia Quinaud. **Mutação constitucional na crise do positivismo jurídico**: história e crítica do conceito no marco da teoria do direito como integridade. Belo Horizonte: Arraes, 2012.

PEÑA FREIRE, Antonio Manuel. Constitucionalismo garantista y democracia. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n.22, p.31-65, jul./dez. 2003.

PERELMAN, Chaim. **Lógica jurídica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

\_\_\_\_\_. **Ética e direito**. Tradução de Maria Ernantina Galvão. 4.<sup>a</sup> tir. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos, o princípio da dignidade humana e a Constituição Brasileira de 1988. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica: RIHJ**, Belo Horizonte, v.1, n.2, p.121-145, jan./dez. 2004.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do processo civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

POZZOLO, Susanne. Um constitucionalismo ambíguo. In: CARBONEL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trota, 2003. p.26-53.

PRADO, Francisco Octávio de Almeida. **“Improbidade administrativa”**. São Paulo: Malheiros, 2001.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.

RITTER, Gerhard. **El estado social, su origen y desarrollo en una comparación internacional**. Tradução de Joaquín Abellán. Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais da administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como deciden las cortes**. Rio de Janeiro: FGV, 2013.

ROMANO, Santi. Teoria dei diritti pubblici subbietivi. In: ORLANDO, Vittorio Emanuele (a cura di). **Primo trattato completo di diritto amministrativo**. Milano: Società Editrice Libreria, 1897. v.1.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

SALDANHA, Nelson. **Estado de direito, liberdades e garantias**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1980.

SANCHIS, Luis Prieto. **Ley, principios, derechos**. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, 1998. Disponível em: <[http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/publicaciones/cuaderno\\_s\\_idhbc/pdf](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/publicaciones/cuaderno_s_idhbc/pdf)>. Acesso em: 09 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **Jurista constitucional y derechos fundamentales**. Madrid: Editorial Trota, 2003.

SANTOS, Boaventura Souza. **Um discurso sobre as ciências**. São Paulo: Cortez, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

\_\_\_\_\_. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. In: SOUZA NETO, Claudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord). **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p.112-137.

\_\_\_\_\_. O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades. In: \_\_\_\_\_. **Filosofia e teoria constitucional contemporânea**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris: 2009. p.23-56.

SCHIER, Paulo Ricardo. **Filtragem constitucional**: construindo uma nova dogmática jurídica. Porto Alegre: Fabris, 1999.

\_\_\_\_\_. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. **Crítica Jurídica - Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho**, n.24, p.131-150, 2005.

SCHMITT, Carl. **Teoría de la Constitución**. México: Nacional, 1970.

\_\_\_\_\_. **O guardião da Constituição**. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SERBATI, Antonio Rosmine. La costituzione secondo La giustizia sociale. In: ROSMINI, A. **Progetti di costituzione**. Saggi editi Ed inediti sullo Stato, org. C. Gray. Milano: Bocca, 1952. p.47-85. (Edição nacional das obras publicadas e inéditas de A. Rosmini-Serbati, v.24).

SICCA, Gerson dos Santos. **Discrecionalidade administrativa**: conceitos indeterminados e aplicação. Curitiba: Juruá, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 19.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2002.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v.798, p.23-50, abr. 2002.

SILVA, Vasco Manoel Dias Pascoal Pereira. **Para um contencioso administrativo dos particulares**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

\_\_\_\_\_. **Em busca do acto administrativo perdido**. Coimbra: Almedina, 2003.

SILVEIRA, Paulo Fernando. **Devido processo legal**. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SIQUEIRA CASTRO, Carlos Roberto. **O devido processo legal e a razoabilidade na Nova Constituição do Brasil**. Rio de Janeiro: Forense, 1989.

SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt. **Interesse público, legalidade e mérito**. Coimbra: Atlântica, 1965.

\_\_\_\_\_. **Direito público e sociedade técnica**. Coimbra: Atlântica, 1969.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. **El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales**. Cizur Menor (Navarra): Thomson – Civitas. 2007.

SOUSA, António Francisco de. **Discrecionalidade administrativa**. Lisboa: Danúbio, 1987.

\_\_\_\_\_. **Conceitos indeterminados no direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1994.

SOUTO, Marcos Juruena Vilella. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2001.

\_\_\_\_\_. **Direito administrativo regulatório**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SPÍNOLA, Eduardo; SPÍNOLA FILHO, Eduardo. **A lei de introdução ao Código Civil Brasileiro**. Atualizada por José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Renovar, 1995.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**: uma nova crítica do direito. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. A crise paradigmática do direito no contexto da resistência positivista ao (neo) constitucionalismo. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009. p.23-48.

\_\_\_\_\_. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

\_\_\_\_\_. **O que é isto**: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

\_\_\_\_\_. **Verdade e consenso**: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

\_\_\_\_\_. **A revolução copernicana do (neo)constitucionalismo e a (baixa) compreensão do fenômeno no Brasil**: uma abordagem à luz da hermenêutica filosófica. Disponível em: <[http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis\\_atividades/lenioluizstreck.pdf](http://www2.trf4.jus.br/trf4/upload/arquivos/emagis_atividades/lenioluizstreck.pdf)>. Acesso em: 10 jan. 2016.

\_\_\_\_\_. **O que é isto**: o constitucionalismo contemporâneo. Disponível em: <<http://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/64/49>>. Acesso em: 12 abr. 2016.

SUNDFELD, Carlos Ari. A importância do procedimento administrativo. **Revista de Direito Público**, n.84, p.64-74, 1987.

\_\_\_\_\_. **Fundamentos do direito público**. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante n.º 5**: STF decide que não é obrigatória defesa elaborada por advogado em processo administrativo disciplinar. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=88437>>. Acesso em: 16 dez. 2015.

TÁCITO, Caio. O desvio de poder no controle dos atos administrativos, legislativos e jurisdicionais. In: **Temas de direito público**: estudos e pareceres. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. p.76-98.

TÔRRES, Heleno Taveira. **Limites do planejamento tributário**. São Paulo: Dialética, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VELA, Cesar Ciriano. **Administración econômica y discrecionalidad**. Valladolid: Lex Nova, 2009.

VIDAL, Isabel Lifante. **La interpretación jurídica em la teoria del derecho contemporanéa**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999.

WINDSCHEID, Bernard. **Diritto dele pandette**. Prima Traduzione Italiana. Parte Prima. Torino: Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1902. v.1.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Tutela jurisdicional**. São Paulo: Atlas, 1998.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil**. Tradução de Maria Gascón. 7.ed. Madrid: Trotta, 2007.

ZANCANER, Weida. **Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

## DOCUMENTOS JURÍDICOS

BRASIL. Constituição Política do Imperio do Brazil (de 25 de março de 1824). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao24.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao24.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao34.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 10 de novembro de 1937). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao37.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao37.htm)>. Acesso em: 10 mar. 2016.

BRASIL. Constituição dos Estados Unidos do Brasil (de 18 de setembro de 1946). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao46.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao46.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 70.235, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d70235cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm)>. Acesso em: 08 abr. 2016.

BRASIL. Decreto n.º 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm)>. Acesso em: 14 mar. 2016.



BRASIL. Lei n.º 234, de 23 de novembro de 1841. Criando um Conselho de Estado. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/LIM/LIM234.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LIM/LIM234.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Lei Complementar n.º 75, de 20 de maio de 1993. Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp75.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Lei n.º 12.153, de 22 de dezembro de 2009. Dispõe sobre os Juizados Especiais da Fazenda Pública no âmbito dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12153.htm)>. Acesso em: 11 dez. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **MS 17.515/DF 2011/0210084-0**. Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Julgamento: 29/02/2012. Órgão Julgador: Terceira Seção. Publicação: DJe 03/04/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AI 207197 AgR**. Relator(a): Min. Octavio Gallotti. Julgamento: 24/03/1998. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 05/06/1998 PP-00006 EMENT VOL-01913-03 PP-00620.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24268/MG**. Relator para acórdão: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 05/02/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJU 17/09/2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 24961**. Relator(a): Min. Carlos Velloso. Julgamento: 24/11/2004. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 04-03-2005 PP-00012 EMENT VOL-02182-02 PP-00332 RT v. 94, n. 836, 2005, p.96-103 LEXSTF v. 27, n. 316, 2005, p.217-232 RTJ VOL-00193-01 PP-00347.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 244027 AgR**. Relator(a): Min. Ellen Gracie. Julgamento: 28/05/2002. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 28/06/2002 PP-00123 EMENT VOL-02075-06 PP-01289.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 434059-3/DF**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 18 dez. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 24.699/DF**. Relator: Ministro Eros Roberto Grau. Órgão Julgador: 1.<sup>a</sup> Turma.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RMS 28.919-AgR/DF**. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 16/12/14. Órgão Julgador: 1.<sup>a</sup> Turma. Publicação: DJe 12/02/2015

DEUTSCHER BUNDESTAG. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Disponível em: <<http://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>>. Acesso em: 06 jan. 2016.

GOVERNO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. Decreto n.º 114 de 14 de maio de 1975. Transfere a execução de serviços para o Município do Rio de Janeiro. Disponível em: <<http://gov-rj.jusbrasil.com.br/legislacao/89563/decreto-114-75>>. Acesso em: ???.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Recurso de Apelação 1.0027.08.154574-4/008. Relator: Caetano Levi Lopes. Julgamento: 01/03/2016. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal/jurisprudencia/consultas>>. Acesso em: 14 mar. 2016.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/scon>>. Acesso em: 16 out. 2015.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroteor>>. Acesso em: 16 out. 2015.